Die Besonderheiten des Kündigungseinspruchsverfahrens nach § 2 Nr. 4 des Arbeitsgerichtsgesetzes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Juristischen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

von

Kurt Runkel.

BONN 1928

Druck von H. Ludwig, Spezialdruckerei für Dissertationen.

Angenommen auf Bericht

des Professor Dr. Göppert, Unterstaatssekretär a. D.,
Wirkl. Geh. Rat.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Übersicht.

Seite

Einleitung: 1

Hauptteil:

A. Das Verfahren vor dem Gruppenrat. 4

B. Das Verfahren vor den Arbeitsgerichten. 7

I. Die Betriebsvertretung oder der Arbeitnehmer kann die Klage erheben. 7

a) Allgemeines. 7

b) Der Arbeitnehmer erhebt die Klage. 9

c) Die Betriebsvertretung erhebt die Klage. 12

1. Die herrschende Meinung. 12

2. Die Unhaltbarkeit der herrschenden Meinung . . 14

aa) Die Arbeitnehmerschaft ist eine lose Interessengemeinschaft. 14

bb) Die Betriebsvertretung ist Repräsentant. . . 18

3. Die Betriebsvertretung klagt im eigenen Namen als Prozeßstandschafter. 22

aa) Allgemeines. 22

bb) Die Parteifähigkeit der Betriebsvertretung. . . 22

cc) Das Prozeßführungsrecht der Betriebsvertretung. . 24

dd) Die Prozeßfähigkeit der Betriebsvertretung. . 29

ee) Ergebnis. 29

II. Die Alternative der Klageerhebung. 31

C. Das Verfahren vor den Landesarbeitsgerichten. . . . 34

D. Die Kostenregelung. 38

Ueberblick. 42

Literaturverzeichnis.

Aufhäuser-Nörpel: Arbeitsgerichtsgesetz. 2. Aufl., Berlin 1927.

Baumbach: Arbeitsgerichtsgesetz. Berlin 1927.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1927.

Dersch: Die neue Schlichtungsverordnung. Mannheim 1925.
Betriebsrätegesetz. Mannheim 1920.

Dersch, Volkmar: Arbeitsgerichtsgesetz, Mannheim 1927.

Ehmann: Der Parteibegriff der Zivilprozeßordnung. Tübingen 1926.

Engländer: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft. Teil I, Grundlegung. Berlin 1914.

Feig-Sitzler: Betriebsrätegesetz. Berlin 1922.

Flatow: Betriebsrätegesetz. Berlin 1927.

Flatow Joachim: Die Schlichtungsverordnung. Berlin 1924.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung. Berlin 1913.

Fraenkel: Betriebsräte und Arbeitsgerichtsgesetz. Berlin 1927.

Frankenberger: Führer durch das neue Arbeitsgerichtsgesetz. München 1927.

Freisler: Grundsätzliches über die Betriebsorganisation. Schriften für das Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena. 1922.

Gieseke: Der Betrriebsrat in Glöckners Grundriß der Betriebswirtschaftslehre. Bd. 2.

Goldschmidt: Arbeitsgerichtsgesetz. Berlin 1927.

Hoeniger-Wehrle: Arbeitsrecht. Sammlung der reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsvertrage. Mannheim.

Göppert-Trendelenburg: Gesetz betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen. Berlin 1915.

Held-Lieb-Gift: Arbeitsgerichtsgesetz. München 1927.

Hellwig: System des deutschen Zivilproßrechts. Leipzig, Bd. 1 1913, Bd. 2 1919.
Lehrbuch des deutschen Zivilproßrechts. Leipzig, Bd. 1 1903; Bd. 2 1907.
Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Jakobi: Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.

Kandeler: Die Stellung der Berufsverbände im öffentlichen Recht. Berlin 1927.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1925.

Kaskel: Das neue Arbeitsrecht. Berlin 1920.
Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit. Berlin 1927.

Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.
Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. Berlin 1894.

Kieschke-Syrup-Billerbeck: Betriebsrätegesetz. Berlin 1923.

Mansfeld: Betriebsrätegesetz, Essen 1926.

Meurer: Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. Stuttg. 01.

Nußbaum: Das neue deutsche Wirtschaftsrecht. Berlin 1922.

Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Nördlingen 1887.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1927.
Schminke-Sell: Arbeitsgerichtsgesetz. Stuttgart 1927.
Schreiber: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. München 1925.
Siber: Die Prozeßführung des Vermögensverwalters nach dem deutschen BGB. Festschrift der Leipziger juristischen Fakultät für Adolf Wach.
Siefart: Arbeitsgerichtsgesetz. Berlin 1927.
Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts. Jena 1927.
Sitzler-Gassner: Die Schlichtungsverordnung. Berlin 1924.
Stier-Somlo: Betriebsrätegesetz. Berlin 1921.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. Tübingen 1926.
Sydow-Busch-Krantz: Die Zivilprozeßordnung. Berlin 1926.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.
Wöbling-Schultz-Sell: Betriebsrätegesetz. Berlin 1926.

Zeitschriften und amtliche Drucksachen.

Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Mandry, Rümelin, Wendt, Bülow, Kohlhaas. Freiburg 1897.

Das Arbeitsrecht. „Gewerbe- und Kaufmannsgericht" Monatsschrift des Gerichtsverbandes. Berlin (zit. Arb. ger.).

Bernhöft und Binders Beiträge zur Auslegung des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin.

Deutsche Juristenzeitung.

Entwurf eines Gesetzes über Betriebsräte nebst Begründung N. 928 der Drucksachen der verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung.

Entwurf eines Arbeitsgerichts nebst Begründung. Reichstagsdrucksache N. 2065. III. Wahlperiode 1924/26.

Juristische Wochenschrift.

Juristisches Literaturblatt. Berlin.

Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Ihering, Regelberger, Schröder. Jena. (zit. Jehrings-Jahrbücher).

Mündlicher Bericht des 9. Ausschusses (Sozialpolitik). Reichstagsdrucksache N. 2795. III. Wahlperiode 1924/26.

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, herausgegeben von Dr. Dersch, Dr. Sitzler, Dr. Kaskel, Dr. Syrup. Mannheim. (zit. N. Z. f. A.).

Reichsarbeitsblatt. Amtsblatt des Reichsarbeitsministeriums und der Reichsarbeitsverwaltung.

Das Schlichtungswesen. Monatsschrift für Arbeitsrecht- und Schlichtung. Stuttgart. (zit. Schl. Wes.).

Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich. (zit. Schmollers Jahrb.).

Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, herausgegeben von H. Busch. Berlin. (zit. Z. f. Z.).

Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut. (zit. Grünhut).

Einleitung.

Durch das Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920 sind dem gekündigten Arbeitnehmer aus sozialpolitischen Gesichtspunkten heraus, Ansprüche verliehen, die er nach den bisher bestehenden Vorschriften niemals hätte geltend machen können. Der gekündigte Arbeitnehmer braucht sich nämlich nicht mit der Kündigung durch den Arbeitgeber zufrieden zu geben. Unter bestimmten Voraussetzungen [1]) hat er die Möglichkeit, gegen die Kündigung Einspruch zu erheben.

Dieses Einspruchsrecht ist ein Individualrecht des gekündigten Arbeitnehmers, das mit der Kündigung entsteht und nicht wie Flatow-Joachim [2]) annehmen, erst dann, wenn die Betriebsvertretung den Einspruch für begründet erklärt hat, und die Verständigungsverhandlungen mit dem Arbeitgeber gescheitert sind. Gegen diese Auffassung spricht, daß die Betriebsvertretung niemals von selbst, sondern nur nach Erhebung des Einspruchs durch den gekündigten Arbeitnehmer tätig werden kann. Aus diesem Grund ist es auch kein kollektives Recht der Betriebsvertretung sondern ein reines subjektives Individualrecht des Arbeitnehmers, das aber, um mit Erfolg geltend gemacht werden zu können, von einer Vorprüfung durch die Betriebsvertretung abhängig ist.

Seinem Wesen nach ist das Einspruchsrecht kein öffentliches Recht [3]), sondern rein privatrechtlicher Natur, das aus dem Arbeitsvertrag entspringt und seine Erklärung darin findet, daß der Arbeitgeber durch die Einstellung des Arbeitnehmers in seinen Betrieb die Verpflichtung für dessen Fürsorge übernimmt, als Ausfluß seiner Treuepflicht. Der Arbeitnehmer, der seine ganze wirtschaftliche Existenz einsetzt, hat einen ethischen Anspruch darauf, nicht eines Tages auf die Straße gesetzt zu werden, wenn die Kündigung eine ihm gegenüber nicht begründete Härte enthält. Solche Willkür verträgt unser soziales Empfinden nicht mehr.

---

1) § 84 BRG; vgl. jedoch die in § 85 bezeichneten Ausnahmen.
2) Flatow-Joachim Schl. V. O. S. 61.
3) So Dersch, Schl. V. O. S. 385; Kaskel, Arbeitsrecht S. 124; Lange N. Z. f. A. 22 Sp. 418.

Um dieses Einspruchsrecht geltend machen zu können, ist ein besonderes Verfahren notwendig, das nach der bisherigen Regelung mit der Anrufung der Betriebsvertretung begann und gegebenenfalls durch das Urteil der vorläufigen Arbeitsgerichte sein Ende fand. Ziel des Verfahrens war Wiedereinstellung oder Entschädigung des gekündigten Arbeitnehmers.

Das Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. 12. 1926 hat hier einige Aenderungen vorgesehen, indem es einmal in § 2 Abs. 4 die durch dieses Gesetz geschaffenen Arbeitsgerichtsbehörden für zuständig erklärte[4]). Dann hat es eine Berufung unter bestimmten Voraussetzungen gegen die Urteile der Arbeitsgerichte für zulässig erklärt, während sich nach der bisherigen Regelung das Verfahren vor einer Instanz abspielte. Weiter ist der § 86 Abs. 2 fortgefallen[5]) und die in § 89 Abs. 2 vorgesehene Frist von einer Woche in eine von drei Tagen verkürzt worden. Dazu kommen neue Bestimmungen über das Berufungsverfahren.

Leider hat es das Arbeitsgerichtsgesetz versäumt, die sich aus den Besonderheiten des ganzen Verfahrens ergebenden Zweifelsfragen zu klären. So wäre es seine Aufgabe gewesen, dem Streit über die rechtliche Natur der klagenden Betriebsvertretung ein Ende zu machen. Dieses ist nicht nur nicht geschehen, sondern man hat sogar durch widersprechende Paragraphen im Arbeitsgerichtsgesetz den verschiedenen Auffassungen neue Argumente in die Hand gegeben, sodaß die Frage rein äußerlich betrachtet nicht geklärt, sondern noch verworrener geworden ist.

Hier einen Weg zu finden, der zur Klärung der rechtlichen Stellung der klagenden Betriebsvertretung beiträgt, soll Hauptaufgabe der vorliegenden Arbeit sein. Daneben werden weitere

---

4) Diese an und für sich nicht erforderliche besondere Erwähnung durch § 2 Abs. 4 ist mit Rücksicht auf die besonderen Vorschriften, die für dieses Verfahren gelten, vorgenommen worden. So fällt z. B die Revision fort. § 72. Außerdem kann ein tarifvertragl. vereinbartes Schiedsgericht in diesen Fällen die Arbeitsgerichtsbarkeit nicht ausschließen. § 91. So Dersch AGG § 4 Abs. 2; a. A. Fränkel S. 18.

5) § 112 Nr. 7 AGG. Damit ist eine streitige Angelegenheit aus der Welt geschafft. § 86 Abs. 2 handelt von der Aussetzung des Verfahrens, falls bei Einspruch gegen fristlose Kündigung auf Grund der Kündigung ein gerichtliches Verfahren anhängig gemacht wird oder die Aussetzung des Verfahrens zur Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung von einer Partei beantragt wird. Jetzt kommt für die Aussetzung § 148 ZPO. in Betracht. Während bisher das Gericht auszusetzen hatte, kann es jetzt aussetzen. Vgl. über diese Frage Flatow BRG § 86 Anm. 8.

Fragen, hervorgerufen durch die Besonderheiten des Kündigungseinspruchsverfahrens, behandelt, soweit sie unklar oder streitig sind, wie z. B. die Frage, ob neben dem Arbeitnehmer auch die Betriebsvertretung die Klage erheben kann, ob Nebenintervention möglich ist, wie sich die Parteirolle in der Berufungsinstanz gestaltet und schließlich, wie die Kostenfrage zu regeln ist. Alles Fragen, die teils schon bestanden, teils neu begründet sind, und die durch das Arbeitsgerichtsgesetz nur eine unzureichende Klärung erfahren haben.

A. Das Verfahren vor dem Gruppenrat.

Eine Besonderheit des Einspruchverfahrens liegt darin, daß sich der 1. Teil vor einer bestimmten Instanz abspielt, von deren Entscheidung die Durchführung des ganzen Verfahrens abhängig ist. Diese Instanz bildet der Gruppenrat. Diesen hat der gekündigte Arbeitnehmer zunächst anzurufen. Voraussetzungen sind eine nach den Grundsätzen des BGB unanfechtbare und rechtswirksame Kündigung und das Vorhandensein eines Gruppenrats. Hat die Arbeitnehmerschaft es aus irgend einem Grunde unterlassen, einen Betriebsrat und somit einen Gruppenrat — die Existenz des Gruppenrats ist nämlich von dem Vorhandensein des Betriebsrats abhängig — zu wählen, fällt das Einspruchsrecht fort, da die Arbeitnehmer damit auf alle Rechte, die durch den Betriebsrat bezw. Gruppenrat wahrgenommn werden können, verzichtet haben. Sie stehen in dieser Beziehung den Arbeitnehmern der vertretungslosen oder der Obmanns-Betriebe gleich, die mangels eines Gruppenrats keine Möglichkeit haben, gegen die Kündigung einzuschreiten [1]). Denn die Befassung des Gruppenrats mit dem Einspruch ist ein notwendiger Bestandteil des ganzen Verfahrens [2]), dessen Fehlen die Abweisung der Einspruchsklage durch das Arbeitsgericht zur Folge hat.

Der Gruppenrat hat nun zu entscheiden, ob er dem Einspruch stattgeben will oder nicht. Lehnt er den Einspruch ab, so ist dem Arbeitnehmer jedes Recht benommen, ihn weiter geltend zu machen. Der Weg zu den Arbeitsgerichtsbehörden ist ihm abgeschnitten. Gibt der Gruppenrat jedoch dem Einspruch statt, so hat er zu versuchen, eine Verständigung zwischen dem Arbeitgeber und dem gekündigten Arbeitnehmer herbeizuführen. Auch hier sind zwei Möglichkeiten gegeben. Kommt es zu einer Einigung, erübrigt sich ein weiteres Verfahren mangels materieller Grundlage. Wird keine Einigung erzielt, so steht dem

---

1) Flatow, Schl. V. O. § 15 Anm. 8a; BRG § 78 Anm. 3; R. A. M., in Schl. Wes. 22 S. 77: „Wenn die Angestelltenschaft durch Nichtausübung des Wahlrechts zur Betriebsvertretung sich damit zugleich von der Bildung des Gruppenrats ausschließt, entfällt m. E. die Anwendbarkeit der §§ 84 ff BRG, die den Bestand des Gruppenrats voraussetzen."

2) Kaskel, Arbeitsrecht, S. 126; Flatow, § 86 A. 4; R. A. M. im R. A. Bl. 21/373 Nr. 240; Hueck N. Z. f. A. 24, S. 26; Hedemann D. J. Z. S, 547.

Arbeitnehmer der Weg zu den Arbeitsgerichten offen, um seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen [3]).

Hier sei noch kurz auf die Bedeutung der rechtlichen Stellung der Betriebsvertretung [4]) im Vorverfahren eingegangen. Der Gesetzgeber hat der Betriebsvertretung hier eine außerordentliche Macht eingeräumt, zwar weniger dem Arbeitgeber als dem Arbeitnehmer gegenüber, hat sie es doch in der Hand, den Einspruch glatt abzulehnen und somit dem Arbeitnehmer jede Möglichkeit zu nehmen, ihn weiter zu verfolgen. Dabei spielen die Gründe, aus denen heraus eine Ablehnung erfolgt, gar keine Rolle. Sie können sogar unsachlich oder politischer Art sein [5]). Auch dann bleibt dem Arbeitnehmer der Weg zu den Arbeitsgerichtsbehörden verschlossen [6]). Es werden also an die Betriebsvertretung hohe sittliche Anforderungen gestellt, die ein pflichtbewußtes und unparteiisches Handeln verlangen. Vor allen Dingen müssen die politischen Gesichtspunkte in den Hintergrund treten. Die Ausnutzung ihrer Vormachtstellung darf die Betriebsvertretung nicht dazu verleiten, auf den einzelnen Arbeitnehmer einen indirekten „Koalitionsdruck" auszuüben, d. h. einen Druck, sich den Koalitionen anzuschließen, die der Betriebsvertretung angenehm sind. Das wird sich jedoch leider nicht vermeiden lassen.

Es wäre daher durchaus erwünscht, die Betriebsvertretung aus dem Vorverfahren als Zwischeninstanz herauszunehmen. Dazu kommt die Ungerechtigkeit den Arbeitnehmern der kleineren Betriebe gegenüber, die darin liegt, daß es diesen mangels eines Gruppenrats nicht möglich ist, einen Einspruch geltend zu

3) Auf die weiteren Einzelheiten dieses Vorverfahrens einzugehen, würde zu weit führen. Sie sind genug in Literatur und Praxis behandelt. Ich verweise daher auf die gute Zusammenstellung bei Dersch AGG S. 576 ff, dessen Auffassung in der Fristenberechnung jedoch nicht maßgebend sein dürfte. Zu folgen ist hier der Auffassung des RG. Bd. 106 S. 245.

4) Es soll in folgendem der Ausdruck „Betriebsvertretung" beibehalten werden, der für alle Arten der Vertretung, nämlich den Betriebsrat, den Gruppenrat und den Betriebsobmann gilt, da die im 2. Teil der Arbeit gemachten Ausführungen zum Teil für alle Arten der Betriebsvertretung gelten. Handelt es sich jedoch um das Einspruchsverfahren, so ist unter „Betriebsvertretung" nur der Gruppenrat zu verstehen.

5) Wie Raab, Schl. Wes. 27 Sp. 138 behauptet, soll dies wiederholt vorgekommen sein, wenn der betreffende Arbeitnehmer nicht derselben Organisation angehörte wie die Mitglieder der Betriebsvertretung.

6) Unbenommen bleibt ihm dagegen das Recht gegen die einzelnen Betriebsvertreter nach Maßgabe der §§ 823 ff. BGB vorzugehen.

machen. Die Beseitigung der Betriebsvertretung aus dem Vorverfahren würde keineswegs die sozialpolitischen Gesichtspunkte, aus denen heraus das ganze Verfahren doch schließlich zu erklären ist, beeinträchtigen. Denn im Vordergrunde steht der Schutz des gekündigten Arbeitnehmers und nicht ein „Mitwirkungsrecht" der Betriebsvertretung. Sollen aber ethische und sozialpolitische Gesichtspunkte das Einspruchsrecht des Arbeitnehmers bedingen, so kann man dessen Geltendmachung nicht von einer, dazu noch willkürlichen, Einsetzung einer Betriebsvertretung abhängig machen. Verschwinden würde zugleich mit dieser Instanz ein blühender Formalismus, der mit den modernen sozialen Gedanken des Einspruchsverfahrens in krassem Widerspruch steht. Die aus der Beseitigung der Betriebsvertretung entstehende Mehrbelastung der Gerichte würde durch eine in allen Fällen gerechte und gleichmäßige Beurteilung voll und ganz aufgewogen.

B. Das Verfahren vor den Arbeitsgerichten.

I. Die Betriebsvertretung oder der Arbeitnehmer kann die Klage erheben.

a) Allgemeines.

Hat die Betriebsvertretung den Einspruch des Arbeitnehmers genehmigt, sind die nötigen Formen und Fristen gewahrt und haben die Verständigungsverhandlungen zu keinem Ergebnis geführt, so ist der Weg zum Arbeitsgericht offen. Hier findet sich als weitere Besonderheit im Einspruchsverfahren, daß das Betriebsrätegesetz in § 86 dem Arbeitnehmer oder der Betriebsvertretung, obgleich diese nicht Träger des materiellen Rechtes ist, gestattet, die Klage zu erheben. Wenn der Wortlaut des Gesetzes den Anschein erwecken könnte, daß der Betriebsvertretung als der zuerst Benannten der maßgebende Einfluß bei der Bestimmung, wer zu klagen habe, zuzuschreiben ist, so erweist sich diese Auffassung als nicht stichhaltig. Gewiß hat die Betriebsvertretung ein Prozeßführungsrecht. Herr des materiellen Rechtes ist und bleibt aber der Arbeitnehmer. Die notwendige Folge ist, daß dieser es allein in der Hand hat, unabhängig von der Betriebsvertretung über seinen Anspruch zu verfügen [1]). Er kann sich mit dem Arbeitgeber vergleichen, er kann anerkennen, ohne daß die Betriebsvertretung ihn daran zu hindern vermag. Hat der Arbeitnehmer das materielle Recht zum Erlöschen gebracht, so kann sie mangels Klagegrundes keine Klage erheben; ihrer etwa schon erhobenen Klage wird der Boden entzogen. Sie wird somit hinfällig [2]). Das formelle Klagerecht der Betriebsvertretung ist also abhängig von dem materiellen Recht des Arbeitnehmers. Da ferner, wie wir noch sehen werden, nur einer klagen kann, der andere also durch die Klage des einen ausgeschaltet wird, ergibt sich das merkwürdige Ergebnis, daß es, wenn beide infolge von Differenezn klagen wollen, darauf ankommt, wer zuerst die Klage erhebt, ein unmöglicher

1) Vgl. Dersch, AGG § 10, 5c: „Es wäre eine Unmöglichkeit, wollte man dem Gekündigten selbst die Verfügungsmöglichkeit über seinen Einspruch auch nach der materiellrechtlichen Seite durch die eben erörterte prozeßrechtliche Rechtslage als entzogen ansehen"; vgl. auch Hedemann DJZ 25 S. 547 ff.

2) So die herrschende Meinung; vgl. Dersch BRG § 86 Anm. 4a; Schl. V. O. S. 392; Flatow BRG § 86 A. 7; Volkmar N. Z. f. A. 27 S. 427.

Zustand, der auch ohne einem Teil zu schaden, beseitigt werden kann.

Was hat denn den Gesetzgeber veranlaßt, beide klagen zu lassen? Als Vorbild des ganzen Kündigungseinspruchsverfahrens dient die Vereinbarung zwischen dem Verband der Berliner Metallindustriellen und der Vertretung der beteiligten Angestelltenverbände und der Streikleitung betr. das Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen und Entlassungen vom 19. 4. 1919 [3]). Nach diesem Schiedsspruch war sowohl der Anfang, als auch das Ende des Verfahrens allein in die Hände der Betriebsvertretung gelegt, die somit einmal ihre Notwendigkeit auch in diesem Falle beweisen wollte, andererseits aber eine gewisse Kontrolle über die Arbeitnehmer auszuüben in der Lage war. Der Arbeitnehmer, der ganz im Hintergrund stand, hatte überhaupt kein Einspruchsrecht. Nun war es aber der in dieser Vereinbarung zum Ausdruck kommende Kündigungsschutz für den Arbeitnehmer, der den Gesetzgeber veranlaßte, ähnliche Vorschriften zu erlassen. Maßgebend war nicht der Gedanke, für die Betriebsvertretung ein neues Mitwirkungsrecht zu konstruieren. Diese Auffassung tritt auch klar bei einem Vergleich des BRG mit seinem Entwurf zu Tage. Letzterer läßt noch in strenger Anlehnung an sein Vorbild die Betriebsvertretung den Einspruch erheben und die Betriebsvertretung allein den Schlichtungsausschuß anrufen, berücksichtigt also das Recht des Arbeitnehmers gar nicht [4]), dagegen schiebt das BRG dieses in den Vordergrund, indem es den Arbeitnehmer selbst klagen läßt und ihn kraft des ihm allein zustehenden materiellen Einspruchsrechts zum eigentlichen Herrn des Anspruchs macht. Da der Gesetzgeber jedoch zu sehr an seinem Vorbild klebte, um sich von der Mitwirkung der Betriebsvertretung ganz frei zu machen, gab er ihr gewissermaßen aus historischen Gründen die Rolle der Vorinstanz und die eines Klägers. Die Letztere kann ihr jedoch der Arbeitnehmer kraft seines Verfügungsrechtes jederzeit wieder entziehen.

Der persönliche Anspruch des Arbeitnehmers beherrscht also letzten Endes das ganze Verfahren. Es wäre daher wünschenswert, die Rechtslage auch so, wie sie materiell wirklich besteht, im Gesetz zum Ausdruck kommen zu lassen, indem man den Arbeitnehmer bestimmen läßt, wer die Klage zu erheben hat. Das kann entweder dadurch geschehen, daß das Gesetz der Be-

3) Abgedruckt bei Hoeniger Wehrle, Arbeitsrecht 1920 S. 264.
4) Vgl. Begründung BRG S. 12, §§ 40 ff.

triebsvertretung als solcher das Klagerecht weiter gewährt, daß die Ausübung aber nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgen darf, oder dadurch, daß man diesem allein das Klagerecht läßt. Die notwendige Folge wär dann, zumal wenn man unserem Vorschlage gemäß die Betriebsvertretung auch als Vorinstanz ausscheiden ließe, das ganze Kündigungseinspruchsverfahren aus dem BRG herauszunehmen, in das es seinem Wesen nach als ein Verfahren, in dem es sich um einen persönlichen Anspruch des Arbeitnehmers handelt, und in dem die Betriebsvertretung nur eine künstlich hochgezüchtete Rolle spielt, auch gar nicht hineingehört.

b) Der Arbeitnehmer erhebt die Klage.

Die Klage des Arbeitnehmers unterscheidet sich zunächst in nichts von einer beliebigen Klage aus dem Arbeitsvertrage. Es gelten die für das Verfahren vor dem Amtsgericht maßgeblichen Vorschriften der ZPO, soweit das Arbeitsgerichtsgesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt[5]). Auf diese Vorschriften näher einzugehen, würde zu weit führen. Wir begnügen uns mit den Besonderheiten, die das Einspruchsverfahren aufweist. Das ist in diesem Falle nur die Zwangsvollstreckung.

Hat der Arbeitnehmer die Klage erhoben, so würde nach den Regeln der ZPO das Urteil vollstreckbar sein, wenn es rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt wäre. Nun bestimmt § 62, daß alle Urteile der Arbeitsgerichte vorläufig vollstreckbar sind, ohne daß es eines Antrages oder eines besonderen Anspruchs des Gerichtes bedarf. Die Begünstigung des Vollstreckungsgläubigers geht sogar so weit, daß eine vorläufige Vollstreckung, die auch zulässig ist, wenn die Gegenseite Einspruch oder Berufung eingelegt hat, nicht einmal durch irgendwelche Sicherheiten, im Gegensatz zur ZPO, die hier zur Sicherheit des Schuldners erhebliche Einschränkungen macht[6]), gemildert wird. Der Vollstreckungsschuldner kann sich dieser Vollstreckung nur dadurch erwehren, daß er glaubhaft macht, die Vollstreckung bringe ihn einen nicht zu ersetzenden Nachteil. Diese durchaus harten Bestimmungen, gegen die sich auch das Minderheitsgutachten[7]) des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats

5) Vgl. §§ 46 ff. AGG.
6) Vgl. §§ 719, 707 ZPO i. Verb. mit § 62 AGG.
7) Vgl. Begründung AGG S. 73.

wandte, glaubte die Regierung [8]) nur deshalb treffen zu müssen, um „die Urteile in ihrer tatsächlichen Wirkung zu verstärken und die Verschleppung einer endgültigen Entscheidung durch Einlegung der Berufung und des Einspruchs zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 1. Rechtszuges zu verhindern". Wenn die Begründung hier von Verschleppung redet, so dürfte bei der ganzen Einstellung des Gesetzes auf Beschleunigung nicht allzuviel zu verschleppen sein. Die vorgebrachten Gründe rechtfertigen jedenfalls keineswegs die Zwangsvollstreckung eines noch nicht rechtskräftig zugesprochenen Anspruches ohne irgendwelche Sicherheit.

So wäre die Rechtslage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wenn nicht noch eine Besonderheit des Kündigungseinspruchsverfahrens hinzukäme. Dringt der Arbeitnehmer mit seiner Klage durch, so ergeht das Urteil auf Weiterbeschäftigung oder Entschädigung des Arbeitnehmers, wenn erstere abgelehnt wird. Da man jedoch den Arbeitgeber nicht zwingen wollte [9]), den einmal gekündigten Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, hat man ihm die Wahl gelassen, ob er ihn wiedereinstellen oder entschädigen will. Daher kann dem Arbeitnehmer die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erst dann erteilt werden, wenn feststeht, daß der Arbeitgeber die Entschädigung gewählt hat. Erst dann kann vollstreckt werden. Das Gesetz gibt dem Arbeitgeber in § 87 Abs. 3 BRG eine Frist von 3 Tagen, laufend von der Zustellung des Urteils ab. Erklärt sich der Arbeitgeber für Wiedereinstellung, so wird der Arbeitnehmer weiter beschäftigt. Dagegen hat der Arbeitnehmer einen Entschädigungsanspruch, wenn der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung ablehnt, was entweder dadurch geschehen kann, daß er sich innerhalb der vorgeschriebenen Frist erklärt, oder dadurch, daß er sich überhaupt nicht äußert. Diesen Nachweis, der gerade im Fall der Nichtäußerung oft schwer zu erbringen sein wird, hat der Arbeitnehmer zu führen. Es genügt daher eine Versicherung an Eidesstatt; eine Regelung, die man aus der Schlichtungs-Verordnung [10]) übernommen hat. § 63 AGG.

---

8) Vgl. Begründung AGG S. 42.

9) So wollte es tatsächlich die Regierungsvorlage. Vgl. Begründung BRG S. 13, § 44 S. 2. „Geht die rechtskräftige Entscheidung dahin, daß der Einspruch gegen die Kündigung berechtigt ist, so gilt die Kündigung als von Seiten des Arbeitgebers zurückgenommen."

10) § 4 Abs. 3. 2. Ausf. V. O. zur V. O. über das Schl. Wes.

Fraglich ist, wann sich der Arbeitgeber erklären muß. Das Gesetz sagt drei Tage nach Zustellung des Urteils. Welches Urteil ist gemeint? Das des Arbeitsgerichts oder das des Berufungsgerichts, falls Berufung eingelegt wurde? Diese Frage war früher nicht akut, da nur ein Instanzenzug möglich war. Die Auffassung, die das Urteil der Landesarbeitsgerichte als maßgebend ansieht, dürfte sich als unhaltbar erweisen [11]), wenn man in Betracht zieht, daß sich die dreitätige Frist nach der früheren Regelung an die Kenntnis von dem Eintritt der Rechtskraft anschloß. Wenn also die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts maßgebend sein sollte, wäre nicht ersichtlich, warum man die Vorschrift abgeändert hat. Diese Abänderung ist gerade deshalb ergangen, um den die Vollstreckung betreibenden Arbeitnehmer dem die Vollstreckung nach dem gewöhnlichen Verfahren Betreibenden gleichzustellen, eine Ansicht, die nicht unbestritten geblieben ist. Stritzke [12]) vertritt hier die Auffassung, der Arbeitgeber könne die Zwangsvollstreckung seitens des Arbeitnehmers durch die Erklärung verhindern, er habe Berufung eingelegt oder werde es noch tun. Es sei ihm also die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO gegeben. Zunächst übersieht Stritzke, daß es sich hier nie um eine Zwangsvollstreckungsgegenklage handeln kann, da mit dieser nur Einwendungen aus dem materiellen Recht gegen den Anspruch selbst geltend gemacht werden können. In Frage kämen höchstens Einwendungen gegen die formelle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 732 ZPO, die aber in diesem Falle an der ausdrücklichen Fassung des § 62 AGG scheitern müssen. Wehren kann sich der Arbeitgeber nur dann gegen die Zwangsvollstreckung, wenn er den Nachweis führt, daß sie ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringe.

Dringt der Arbeitgeber dann aber in der Berufungsinstanz durch, so kann er die von dem Arbeitnehmer durch die Vollstreckung erlangte Entschädigungsumme nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Wie weit er damit kommt, wird die Prais lehren. Vom Arbeitnehmer wird in den meisten Fällen nicht viel zu holen sein, zumal er noch stellungslos geblieben ist. Der Arbeitgeber wird also letzten Endes auch in diesem Falle die „Entschädigung" zahlen müssen. Hinterlegung oder Sicherstellung seitens des

---

11) Für Entscheidg. des Arbeitsgerichts auch Flatow BRG § 87 Anm. 10; Fraenkel, S. 17; Erdel, Arb. Ger. Z. 301, 27.

12) Schl. Wes. 27, S. 137.

die Zwangsvollstreckung Betreibenden sind also dringend zu fordern [13]).

c) Die Betriebsvertretung erhebt die Klage.

1. Die herrschende Meinung.

Erheblich größere Schwierigkeiten entstehen, wenn die Betriebsvertretung die Klage erhebt. Wie ist ihre rechtliche Stellung zu erklären? Klagt sie etwa als Vertreter des Arbeitnehmers, als gesetzlicher Vertreter der Arbeitnehmerschaft, die man als juristische Teilperson oder als eine Personenvielheit auffassen soll, oder klagt sie aus eigenem Recht, in eigenem Namen? Wie man sieht, eine Fülle von Ansichten. Leider hat das AGG es versäumt, hier Klarheit zu schaffen. Zwar versucht es die herrschende Meinung zu legalisieren, indem es in § 10 die Arbeitnehmerschaft im Einspruchsverfahren für parteifähig erklärt, ein Versuch, den man, wie wir noch sehen werden, als gescheitert betrachten darf. Diese herrschende Meinung beruht auf einer Theorie von Kaskel [14]), nach der die Betriebsvertretung als gesetzlicher Vertreter der Arbeitnehmerschaft, als juristische Teilperson, klage.

Folgende Erwägungen bestimmen nach Kaskels Ansicht diese Theorie. Nach früherem Recht bestand zwischen den Arbeitnehmern des einzelnen Betriebes kein rechtlicher Zusammenhang. Sie glichen rechtlich „einer Anzahl von Konsumenten, die inhaltlich gleiche Verträge über die gleiche Ware mit dem gleichen Produzenten oder Verkäufer abgeschlossen haben". Sie bilden höchstens eine Interessengemeinschaft, der noch keine gemeinsamen Rechte zustanden. Die damals bestehenden Arbeiter- und Angestelltenausschüsse seien also keine Rechtsvertretung, sondern nur eine Vertretung, die die gemeinsamen Interessen der Arbeitnehmer insoweit wahrnehmen könnten, als sie dem Arbeitgeber deren Wünsche und Beschwerden mit der Bitte um Berücksichtigung übermittelten. Konnte bis dahin „bestenfalls die

13) Für die Sicherstellung der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht rechtskräftiger Urteile spricht sich auch das Minderheitsgutachten des V. R. W. R. aus; vgl. Begrdg. AGG S. 73.

14) Vgl. Kaskel, Das neue Arbeitsrecht, S. 175; N. Z. f. A. 21 Sp. 11 ff. Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit S. 25 Dersch-Volkmar, AGG § 10 Anm. 5; Dersch N. Z. f. A. 27 Sp. 435 f. Für gesetzliche Vertretung der Arbeitnehmerschaft ferner Baumbach AGG § 10 Anm. 4; Goldschmidt AGG § 10 Anm. 3; Held-Lieb-Gift. AGG § 10 Anm. 3; Siefart AGG § 10 A. 3.

Bildung eines inhaltlich übereinstimmenden, niemals die Bildung eines Einheitswillens im Rechtssinne zustande kommen, wollte man aber für die Gesamtheit der Arbeitnehmer die Möglichkeit einer rechtseinheitlichen Willensbildung schaffen, so bedurfte es als Voraussetzung hierfür zunächst einmal der Bildung einer rechtlich anerkannten Gemeinschaft“ [15]). Die neue Entwicklung habe dann der Willensvielheit der einzelnen Arbeitnehmer die Fähigkeit gegeben, einen einheitlichen Willen zu bilden. Die Willensvielheit sei zur Arbeitnehmerschaft (Arbeiterschaft, Angestelltenschaft) zusammengefaßt. Diese neuen Rechtsbegriffe, die zum ersten Male in der Verordnung vom 23. 12. 1918 erschienen, seien weitergebildet und fortgeführt in dem Betriebsrätegesetz und Arbeitsgerichtsgesetz. Somit sei ein Träger des Mitbestimmungsrechtes gefunden, der auch rechtlich Subjekt dieses Rechtes sein könne. Für diese Gebilde bestehe „ein gewisser Einheitsbereich für die Bildung und Bestätigung des Einheitswillens“, der aber nicht so weit reiche, daß man von einer Rechtsfähigkeit im allgemeinen Sinne sprechen könne. Er sei nur auf die Zuständigkeiten beschränkt, die das Betriebsrätegesetz oder andere Gesetze diesen Gebilden einräume. Es läge also eine Teilrechtsfähigkeit vor. Die Arbeitnehmerschaft (Arbeiterschaft, Angestelltenschaft) sei also eine Teilperson und zwar eine Teilperson des öffentlichen Rechts. Die Betriebvertretung bilde dann, wie der Vorstand einer juristischen Person, das Organ der Arbeitnehmerschaft, das die Stellung eines gesetzlichen Vertreters habe, dessen Umfang allerdings durch den Umfang der Teilrechtssubjektivität der Arbeitnehmerschaft begrenzt sei. Die Einspruchsklage im Entlassungsverfahren sei also, falls die Betriebsvertretung die Klage erhebe, eine Klage der Arbeitnehmerschaft vertreten durch die Betriebsvertretung [16]) [17]). Diese Auffassung sei auch durch das AGG anerkannt, als dieses ja in § 10 die Arbeitnehmerschaft im Einspruchsverfahren für parteifähig erklärt habe.

15) Kaskel, N. Z. f. A. 21, Sp. 14.

16) Komme diese Auffassung praktisch in der Klage nicht zum Ausdruck, werde etwa die Betriebsvertretung als Partei benannt, so dürfte man, meint Dersch AGG, § 10 5b und mit ihm Kaskel, d. n. Arb. S. 25 in diesem formlosen Verfahren nicht so strenge Formvorschriften anlegen und die Klage aus diesem Grunde abweisen.

17) Die Antwort darauf, wie diese Parteistellung der Arbeitnehmerschaft rechtlich zu erklären ist, handelt es sich doch um ein Recht des Arbeitnehmers, das die Arbeiterschaft geltend macht, bleibt uns Kaskel allerdings schuldig.

2. Die Unhaltbarkeit der herrschenden Meinung.

aa) Die Arbeitnehmerschaft ist eine lose Interessengemeinschaft.

Es erweist sich also bei Klärung der Frage, welche rechtliche Stellung der Betriebsvertretung bei Erhebung der Klage zukommt als unumgänglich notwendig, auf den Begriff der „Teilperson" näher einzugehen und zu prüfen, ob sich eine Teilrechtssubjektivität aus dem Wortlaut des Gesetzes oder aus allgemeinen Rechtsvorschriften herleiten läßt.

Bei der Untersuchung des Wesens der Arbeitnehmerschaft darf man nicht die Frage stellen: Ist die Arbeitnehmerschaft eine juristische Person oder ist sie keine? Denn das geltende deutsche Privatrecht kennt keinen Begriff der juristischen Person. Eine solche Theorie „kann nicht den Anspruch erheben, daß sie eine konkrete Rechtslage erkläre; denn die Rechtsordnung bestimmt ihren Inhalt souverän ohne Bindung an theoretische Grundlagen" [18]). Man muß deshalb bei Prüfung der Frage von dem positiven Inhalt der Rechtsordnung ausgehen und untersuchen, welche Eigenschaften einer juristischen Person die Arbeitnehmerschaft aufweist, ob Organisationselemente vorhanden sind, aus denen sich der Begriff der juristischen Person zusammensetzt? Wird also in unserem Falle in gewissen Beziehungen in der Arbeitnehmerschaft ein corpus geschaffen, das von den hinter diesem corpus stehenden Individuen getrennt ist? Dabei ist nicht erforderlich, daß der Verband in jeder Beziehung seinen Mitgliedern gegenüber rechtlich individualisiert ist. Man kann auch dann schon „solche Verbände juristische Person nennen, in denen solche Eigenschaften überwiegen" [19]). Daß daneben die Mitglieder in gewisser Beziehung als selbständige Individuen hervortreten, ist unerheblich. Die starre dualistische Formel: hier „juristische Person", hier keine, ist also zu verwerfen. Man muß den Begriff der juristischen Person vielmehr „in seinen Elementen aus den verschiedenen konkret geregelten Organisationsformen heraus neu gewinnen" [20]).

---

18) Schreiber, S. 13.
19) Schreiber, S. 32.
20) Schreiber, S. 15; vgl. auch Schönfeld, Iherings Jahrb. 1927 S. 351.

Diesen Zustand der dahin geht, daß die Arbeitnehmerschaft in gewisser Beziehung ein von den einzelnen Arbeitnehmern getrenntes corpus bildet, scheint Kaskel zu meinen, wenn er von einer „juristischen Teilperson" spricht. Der Ausdruck „Teilperson" soll jedoch, zumal er sich auch in der arbeitsrechtlichen Literatur eingebürgert hat, beibehalten werden.

Untersuchen wir also, welche Eigenschaften einer „juristischen Person" die Arbeitnehmerschaft hat? Spricht das Gesetz der Arbeitnehmerschaft Elemente zu, aus denen sich der Begriff einer juristischen Person zusammensetzt? Schon jetzt kann gesagt werden, daß die für die Arbeitnehmerschaft in Frage kommenden Bestimmungen nicht die geringste Aehnlichkeit mit einer juristischen Person aufweisen, die den Begriff einer „Teilperson" rechtfertigen würden. Gerade die wesentlichsten Merkmale der juristischen Person lassen sich nicht auf die Arbeitnehmerschaft anwenden. Zwar ist sie in gewisser Beziehung für parteifähig erklärt; aber nur im Hinblick auf die Fälle des § 2 Abs. 4 und 5 AGG. Diese Aehnlichkeit allein vermag die Frage jedoch nicht zu entscheiden. Und wenn Dersch [21]) sagt: „Damit, daß der Arbeiterschaft die Parteifähigkeit für das arbeitsgerichtliche Verfahren ausdrücklich zuerkannt sei, wird ihr in diesem Umfange eine eigene, teilweise öffentliche Rechtspersönlichkeit verliehen", so übersieht er, daß das Recht auch sonst genug Fälle kennt, in denen Personengebilden die Parteifähigkeit zugesprochen wird, ohne daß man sie deswegen zur juristischen Person oder Teilperson erhebt. Weder der nicht rechtsfähige Verein, noch die offene Handelsgesellschaft noch der Gläubigerverband der Besitzer von Schuldverschreibungen wird nur auf Grund der Parteifähigkeit als juristische Person oder als Teilperson bezeichnet. Parteifähig ist zwar, wer rechtsfähig ist. Doch besagt dieser Satz nicht, daß auch der rechtsfähig ist, wer parteifähig ist [22]).

Diese Parteifähigkeit bleibt aber auch die einzige Aehnlichkeit, die die Arbeitnehmerschaft mit der juristischen Person aufweist. Jeder andere Vergleich versagt. Ihr fehlt insbesondere die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten, insbesondere Träger von Vermögens- und Persönlichkeitsrechten zu sein. Die Mitbestimmungsrechte stehen nicht der Arbeitnehmerschaft, sondern den einzelnen Arbeitnehmern als Ausfluß ihres Arbeits-

---

21) Dersch, N. Z. f. A. 1927, Sp. 437.

22) Vgl. Stein-Jonas § 50 I.

vertrages zu. Sie können nur durch die Betriebsvertretung als deren eigene Rechte geltend gemacht werden.

Es fehlt jede Organisation, aus der heraus man in der Arbeitnehmerschaft ein festes von den einzelnen Arbeitnehmern losgelöstes Gebilde erblicken könnte. Die Arbeitnehmerschaft tritt nicht etwa wie die Generalversammlung als solche zusammen. Zusammen treten nur die einzelnen Arbeitnehmer. Es heißt in § 46 BRG „der Vorsitzende des Betriebsrats ist berechtigt, eine Betriebsversammlung zusammenzuberufen und nicht etwa die Betriebsversammlung oder die Arbeitnehmerschaft als solche, als ein organisiertes Ganzes[23]). Ebenso heißt es in § 39 BRG, daß ¼ der Arbeitnehmer den Antrag auf Erlöschen der Mitgliedschaft stellen kann und nicht etwa ¼ der Arbeitnehmerschaft.

Wie wenig man von einer Organisation sprechen kann, zeigt sich auch darin, daß der Arbeitnehmerschaft das Recht der Autonomie fehlt, d. h. das Recht, sich eine Verfassung zu geben, um ihre Befugnisse durch Satzung zu regeln[24]). Sie kann keine Beschlüsse fassen, die für ihr sogenanntes Organ, die Betriebsvertretung und ihre Mitglieder bindend wären. Es fehlt der Arbeitnehmerschaft also im Innenverhältnis jede Macht, auf die Arbeitnehmer einen bindenden Einfluß auszuüben. Dieser Zustand ist aber auch gerade vom Gesetzgeber gewollt. Die ganze Tendenz des Betriebsrätegesetzes geht doch dahin, den Gewerkschaften in den Arbeitnehmerschaften keine Konkurrenz entstehen zu lassen. Man wollte ja gerade verhindern, in den Betrieben Zwangsorganisationen zu schaffen. Daher der § 48 BRG, der die Zuständigkeit der Betriebsversammlung auf ein Minimum beschränkt indem er bestimmt, daß die Betriebsversammlung nur Wünsche und Anträge an die Betriebsvertretung richten darf. Daher der § 37 BRG, der jede Besteuerung der Arbeitnehmer verbietet. Von den Beziehungen der Arbeitnehmerschaft zu ihrem „Organ", der Betriebsvertretung, wird noch unten[25]) die Rede sein. Hält man sich diese Rechtslage vor Augen, so kommt doch klar zum Ausdruck, daß jegliche Organisationselemente fehlen, die etwa den Begriff einer Teilperson rechtfertigen könnten. Träger des Mitbestimmungsrechts sind die Betriebsvertretungen. In dem

23) Vgl. dagegen § 253 HGB „Die Generalversammlung wird durch den Vorstand berufen". . . ., wie überhaupt nur von „die Generalversammlung" die Rede ist.

24) So auch Schulte-Holthausen, N. Z. f. A. 26, Sp. 723.

25) Vgl. S. 28 ff.

ganzen Betriebsrätegesetz wird der Ausdruck „Arbeitnehmerschaft" keinmal gebraucht. Das Gesetz redet lediglich von Aufgabe und Befugnissen der Betriebsvertretung. Die Kaskel'sche Auffassung einer Teilperson entbehrt also jeder Grundlage. Wenn Kaskel glaubt, daß die Bildung einer rechtlich anerkannten Gemeinschaft notwendig sei, um der Gesamtheit der Arbeitnehmer die Möglichkeit einer rechtseinheitlichen Willensbildung zu schaffen, so übersieht er einmal, daß das Recht genug derartiger Gemeinschaften kennt, die eine einheitliche Willensbildung schaffen können, ohne daß sie deswegen einen festen, einer juristischen Person ähnlichen, Charakter erhalten, sondern lose Gemeinschaften bleiben, ferner aber, daß eine rechtseinheitliche Willensbildung der Arbeitnehmerschaft rechtlich gar keine Bedeutung haben könnte, da sie überflüssig, und, wie wir noch sehen werden, für die Betriebsvertretung unmaßgeblich wäre.

Wir können also feststellen, daß die Arbeitnehmerschaft nicht unter die Gattung der juristischen Person oder, um mit Kaskel zu sprechen, einer juristischen Teilperson [26]) fällt; denn es sind, abgesehen von der Parteifähigkeit, die aber, wie noch zu zeigen ist, nur formell ohne materielle Auswirkungen besteht, keinerlei Einrichtungen vorhanden, die die Arbeitnehmerschaft als solche von der Summe der einzelnen Arbeitnehmer individualisiert. Was ist sie denn? Die Frage läßt sich durchaus nicht so schwer beantworten. Wir haben gesehen, daß die Mitbestimmungsrechte Rechte der einzelnen Arbeitnehmer als Bestandteil des Arbeitsverhältnisses sind. Diese Rechte können sie nicht selbst ausüben, sondern nur durch die Betriebsvertretung ausüben lassen, die diese dann als eigene wahrnimmt [27]). Die Arbeitnehmer haben also ein rechtliches Interesse daran, diese Stelle zu schaffen. Sonach liegt zwar keine Rechtsgemeinschaft vor, aber doch immerhin eine tatsächliche Verbundenheit durch die

26) Vgl. auch Gieseke, S. 414. „Das Mittel der Körperschaftsbildung kommt auch sonst nicht zur Anwendung, wenn Personenmehrheiten zur Wahrnehmung gemeinsamer Interessen zusammengefaßt werden sollen und die Zahl der Beteiligten unbestimmt ist oder jederzeit wechseln kann". Gegen „Teilperson" auch Jakobi, S. 290 ff.

27) Während noch § 20 Abs. 1 der Tarifverordnung v. 23. 12. 18 R. G. Bl. S. 1456 in Betrieben ohne ordentliche Vertretung den einzelnen Arbeitnehmer gemeinschaftlich die Möglichkeit gab, ihre Mitbestimmungsrechte auszuüben, bestimmt § 15 d. Ausf. V. O. zur V. O. über das Schl. Wes., daß auch in diesen Betrieben nur eine sogen. außerordentliche Betriebsvertretung, die den einzelnen Arbeitnehmern zustehenden Mitbestimmungsrechte wahrnehmen kann.

Gemeinschaft der Interessen. Einziger Ausdruck dieses gemeinsamen Interesses ist die Wahl einer Betriebsvertretung. Es besteht also nur eine lose Verbundenheit insoweit, als der Zweck des Betriebsrätegesetzes es mit sich bringt. Dieser Fall steht durchaus nicht vereinzelt im Rechtsleben da. Wir finden Parallelerscheinungen im Konkursrecht in der Gläubigerschaft und im Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen. Beide Verbände sind weder juristische Person noch Gesellschaft. Es wird vielmehr hier „ein Zustand geschaffen, vermöge dessen, soweit die durch gleiche Gläubigerrechte bedingten gemeinschaftlichen Interessen in Frage kommen, der in einem Beschluß niedergelegte Wille der Mehrheit als der Wille jedes Besitzers einer der in Frage kommenden Schuldverschreibungen gilt“ [28]). Ein Unterschied zur Arbeitnehmerschaft besteht allerdings, der diese in ihrer rechtlichen Zusammenfassung noch unter den Verband der Schuldverschreibungsbesitzer stellt. Ist nämlich in den Parallelfällen der Mehrheitswille immer das maßgebende und für alle Mitglieder dieser Organisation bindend, so hat er in unserem Falle nur für die Wahl der Betriebsvertretung rechtliche Bedeutung. Dann hat er seine Rolle ausgespielt. In Betracht kommt dann der Mehrheitswille der Betriebsvertretung bei der Ausübung ihrer Befugnisse, der unabhängig von den hinter ihr stehenden Arbeitnehmern und für alle bindend ist.

Wir brauchen also keine besonderen Konstruktionen, um das Wesen der Arbeitnehmerschaft rechtlich zu erklären, da wir Parallelfälle im Recht finden. Die Arbeitnehmerschaft ist also nichts weiter als eine äußerst lose interessenverbundene Personenvielheit [29]). Mit Bezug auf unser Thema können wir also soviel sagen, daß die Betriebsvertretung jedenfalls nicht als gesetzlicher Vertreter der Arbeitnehmerschaft, als juristische Teilperson, klagen kann.

bb) Die Betriebsvertretung ist Repräsentant.

Immerhin wäre es denkbar, daß die Betriebsvertretung wie auch Jakobi [30]), anscheinend verwirrt durch § 15 der 2. Ausführungsverordnung zur Verordnung über das Schlichtungswesen und durch § 10 AGG, annimmt, als gesetzlicher Vertreter dieser interessenverbundenen Personenvielheit die Klage erhebt.

28) Göppert-Trendelenburg, S. 18.

29) Vgl. auch Jakobi, S. 298 „gemeinschaftsverbundene Personenvielheit“; Gieseke, S. 414 ff.

30) Jakobi, S. 296.

Bei der gesetzlichen Vertretung unterscheidet man [31]) zwischen einer gesetzlichen Vertretung durch das Gesetz, z. B. die Eltern, einer gesetzlichen Vertretung auf Anordnung einer Behörde, z. B. der Vormund, und einer gesetzlichen Vertretung kraft Rechtsakt. Hierher gehört die Vertretungsmacht der Organe. Während in den beiden ersten Fällen die Vertretung entweder auf einer bestimmten rechtlichen Stellung zu dem Vertretenen oder in Ermangelung einer solchen auf Anordnung der Behörde beruht, also Vertretener und Vertreter keine Einheit bilden, handelt es sich bei der Vertretung durch Rechtsakt um eine Vertretung, die den Vertretenen nicht von außen her zugeteilt, sondern von diesen selbst bestimmt wird, einen Bestandteil ihrer Organisation und somit mit ihnen selbst eine Einheit bildet. Es herrscht also hier Monismus, dort Dualismus. Während bei der gesetzlichen Vertretung der beiden erstgenannten Fälle der Vertreter zwar unabhängig von dem Vertretenen, ja dessen Anweisungen sogar entgegengesetzt, handeln kann, ist umgekehrt die Vertretung durch Rechtsakt im Innenverhältnis abhängig von den Weisungen des oder der Vertretenen — mögen diese Weisungen nun verfassungsmäßig festgelegt sein, oder von Fall zu Fall ergehen — eine notwendige Folge, die sich daraus ergibt, daß der Vertretene sich diese Vertretung selbst wählt, um eben handeln zu können. Gibt er sie sich aber selbst, so muß er auch bestimmen können, wie sie zu handeln und ihn zu vertreten hat. Sie ist also von diesen Weisungen abhängig. Kehrt sie sich nicht daran, so ist sie verantwortlich, mindestens in dem Maße, daß sie als Vertretung abberufen werden kann. Wie weit der Gesetzgeber in dieser Beziehung geht, und wie wenig er diese Vertretung ein von den Weisungen des Vertretenen unabhängiges Dasein führen lassen will, geht daraus hervor, daß beim rechtsfähigen Verein die Mitgliederversammlung stets das Recht behalten muß, die Vorstandsmitglieder jeder Zeit abzuberufen [32]).

Die Betriebsvertretung wäre also als Vertreterin der Arbeitnehmerschaft unter die letztgenannte Kategorie der gesetzlichen Vertretung einzureihen, da sie aus deren Mitte heraus gewählt wird und soweit einen Teil des Ganzen verkörpert. Daß sie aber keine gesetzliche Vertretung ist, geht daraus hervor, daß die Grundsätze, die für diese Art von Vertretung gelten, wie wir sie eben entwickelt haben, nicht anzuwenden sind. Die Betriebs-

31) Vgl. Cosack I § 107.
32) Vgl. § 27 II, § 29. § 40 BGB.

vertretung führt nämlich ein von den Weisungen der Arbeitnehmerschaft gänzlich unabhängiges Dasein [33]). Es ist ihr möglich, unabhängig von dem Willen der Arbeitnehmerschaft vorzugehen, ja sogar ihrem Willen entgegengesetzt zu handeln. Wünsche und Anträge, die die Arbeitnehmerschaft nach § 48 BRG an die Betriebsvertretung richten kann — die Bedeutung dieses Paragraphen liegt lediglich in der Negation — sind für sie nicht bindend, sondern nur Material. Wenn Bindungen bestehen, sind sie moralischer, nicht rechtlicher Natur. Die Arbeitnehmerschaft hat nicht einmal die Möglichkeit, die Betriebsvertretung abzuberufen und durch eine neue zu ersetzen, die ihren Wünschen gefügiger ist [34]). Es besteht nur eine Möglichkeit, beim Arbeitsgericht zu beantragen, das Erlöschen der Mitgliedschaft eines Vertreters oder die Auflösung der Betriebsvertretung wegen gröblicher Pflichtenverletzung zu beschließen [35]). Ein Antrag eines Viertels der wahlberechtigten Arbeitnehmer ist hierzu erforderlich. Diese nur sehr mittelbare Einwirkung dürfte jedoch kaum ausreichen, um einen derartigen Einfluß zu bejahen, wie er im Verhältnis von Vertretenen zum Vertreter dieser Art notwendig ist. (Dazu kommt, daß es sich um eine gröbliche Pflichtenverletzung handeln muß, die objektiv und nicht vom Standpunkt der Arbeitnehmer aus zu beurteilen ist). Die Betriebsversammlung, die doch letzten Endes bei allen Personenvereinigungen der wahre Herrscher ist, hat der Betriebsvertretung gegenüber rechtlich gar keine Bedeutung. Aus allen diesen Gründen muß man die Auffassung, es handle sich bei der Betriebsvertretung um eine gesetzliche Vertretung der Arbeitnehmerschaft, ablehnen [36]).

Wir finden in der Betriebsvertretung vielmehr den typischen Fall der Repräsentation [37]), d. h. der Repräsentant handelt im

33) Vgl. Flatow BRG S. 17.

34) Der Entwurf z. BRG hatte in § 30 beabsichtigt, die Betriebsvertretung auf Mehrheitsbeschluß von mehr als $^2/_3$ der Arbeitnehmer zurücktreten zu lassen. Begrdg. S. 26.

35) Vgl. § 39 Abs. 2 § 41 BRG.

36) So auch Gieseke, S. 414, der ebenfalls zu dem Ergebnis kommt, daß die Arbeitnehmerschaft, wenn man in der Betriebsvertretung ihr Organ sehe, doch wohl einen gewissen Einfluß auf ihre Entschließungen ausüben und ihr Weisungen erteilen könne. Da dieses jedoch nicht der Fall sei, nicht einmal ein Mißtrauensvotum die rechtliche Stellung der Betriebsvertretung beeinträchtigen, sie vielmehr im Amt bleiben könne, müsse eine gesetzliche Vertretung abgelehnt werden. Gegen gesetzliche Vertretung auch Stritzke Schl. Wes. 27 Sp. 135.

37) So auch Sinzheimer, S. 225.

Gegensatz zum Vertreter im eigenen Namen. Gerade die Unabhängigkeit der Rechtsstellung der Betriebsvertretung dem Willen der Arbeitnehmer gegenüber kennzeichnet ihre Stellung als Repräsentation. Sie tritt als Eigenberechtigte in fremdem Interesse auf. Sie nimmt die den Arbeitnehmern zustehenden Interessen als eigene wahr. Dies geht auch aus der Ausdrucksweise des BRG. selbst hervor, das immer nur von Aufgaben und Befugnissen oder Rechten der Betriebsvertretung spricht und niemals von solchen der Arbeitnehmerschaft. Daraus ergibt sich doch, daß es sich um Aufgaben und Befugnisse der Betriebsvertretung handelt. Man redet doch schließlich auch nicht von Rechten des Vorstandes, wenn man die Rechte des Vertretenen meint. Parallelen finden wir auch hier im Recht, z. B. beim Mieterrat. Dieser nimmt die Rechte der Mieter, die man nicht alle mitverwalten lassen kann, im eigenen Namen wahr. Einen ähnlichen Fall bildet im öffentlichen Recht neben der Handelskammer als „Vertretung" der Kaufmannschaft, der Reichskohlenrat [38]), der sich aus Vertretern aller an der Kohlenwirtschaft interessierten Kreise auch der Verbraucher zusammensetzt. Auch er ist nicht etwa Organ der „Gesellschaft", sondern leitet die Kohlenwirtschaft nach „gemeinwirtschaftlichen Gesichtspunkten", eine Leitung, die er aus eigenem Recht als Repräsentant wahrnimmt.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Betriebsvertretung weder Organ einer juristischen Person, noch gesetzlicher Vertreter einer losen Interessengemeinschaft ist. Sie ist lediglich ein Collegium, das von den Arbeitnehmern gebildet wird, um kraft Repräsentation deren Interessen als eigene im Rahmen der ihr vom Gesetz eingeräumten Zuständigkeiten auszuüben und wahrzunehmen. Dieser Auffassung steht auch nicht § 15 der 2. Ausführungsverordnung zur Verordnung über das Schlichtungswesen entgegen. Auf eine gesetzliche Vertretung kann sowenig aus diesem Paragraphen, wie aus Art. 157 der Reichsverfassung geschlossen werden. In beiden Fällen wird der Ausdruck „Vertretung" nicht in juristischem Sinne gebraucht. Ihm ist lediglich technische Bedeutung beizumessen [39]).

---

38) Vgl. Göppert in Schmollers Lehrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 45. Jahrg. 2. Heft, 1921. S. 25 ff.

39) Es sei hier noch kurz auf die Frage eingegangen, ob die Betriebsvertretung ins private oder ins öffentliche Recht gehört. Aus der Räteorganisation des Art. 165 RV kann man keinen Schluß auf ihre Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht ziehen; denn dieser Artikel ist

3. Die Betriebsvertretung klagt im eigenen Namen als Prozeßstandschafter.

aa) Allgemeines.

Auf dem Boden der so gewonnenen Auffassung kommen wir mit Bezug auf unser Thema zu dem Ergebnis, daß die Betriebsvertretung die Klage nicht als gesetzlicher Vertreter der Arbeitnehmerschaft, sondern in eigenem Namen erhebt. Das entspricht der klaren Rechtslage des Betriebsrätegesetzes, wonach gemäß § 78 die Betriebsvertretung nach Maßgabe der §§ 84—90 bei Entlassungen der Arbeitnehmer mitzuwirken hat, d. h. sie fungiert als Vorinstanz, sie leitet die Verständigungsverhandlungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Sie kann auch nach § 86 die Klage erheben. Diese gerade Linie wird auch vom AGG in den §§ 63 und 71 weitergeführt. In diese klare Rechtssituation tritt nun der § 10 AGG, der die Arbeitnehmerschaft für parteifähig erklärt, eine Bestimmung, die infolgedessen wie ein Fremdkörper wirkt. Sollte diesem Paragraphen irgendwelche Bedeutung beigemessen werden, so hätte der Gesetzgeber zum mindesten die anderen Vorschriften mit ihm in Einklang bringen müssen. Das hat er jedoch unterlassen. So hängt er ohne Fundament in der Luft und ist rechtlich bedeutungslos. Kläger ist kraft zwingenden Rechts die Betriebsvertretung.

bb) Die Parteifähigkeit der Betriebsvertretung.

Wie ist jedoch die Stellung der Betriebsvertretung im Prozeß rechtlich zu erklären? Ist sie überhaupt parteifähig und hat sie ein Prozeßführungsrecht, handelt es sich doch um ein Recht des Arbeitnehmers, das durch sie prozessual geltend gemacht wird?

Programm geblieben. Als einzige von der in Art. 165 RV vorgesehenen Organisationen ist bisher, abgesehen von dem VRWR, die Betriebsvertretung durchgeführt. Der in Art. 165 vorgesehene innere Zusammenhang besteht also nicht. Die Betriebsvertretungen gehören ins Privatrecht, denn das typische Merkmal der Zugehörigkeit eines Personenverbandes ins öffentliche Recht, die öffentliche Verwaltung, fehlt. Die Stellung der Betriebsvertretung ist durchaus privatrechtlicher Natur. Vgl. auch Jakobi, S. 298 f. Wenn Jakobi als Oeffentlichrechtlicher die Betriebsvertretung dem Privatrecht zuweist, so muß das doch bedenklich stimmen.

Um eine Klage mit Erfolg durchführen zu können, sind nämlich mehrere Voraussetzungen zu erfüllen. Der Kläger muß einmal parteifähig sein, daneben muß er die richtige Partei sein: d. h. mit Bezug auf den geltend gemachten Anspruch das Prozeßführungsrecht haben und drittens muß er, um die Klage im eigenen Namen zu erheben, prozeßfähig sein.

„Parteifähig sein" heißt, die Fähigkeit haben, im eigenen Namen klagen und verklagt werden können [41]). Fehlt diese Voraussetzung, die von Amts wegen zu prüfen ist, muß die Klage als unzulässig abgewiesen werden. Die ZPO verweist auf das bürgerliche Recht. „Parteifähig ist wer rechtsfähig ist" [42]). Sie substanziert diesen Begriff somit materiellrechtlich. Parteifähig sind also die Rechtssubjekte. Darunter fällt die Betriebsvertretung keinesfalls. Doch hat das Gesetz auch Personenvereinigungen die Parteifähigkeit verliehen, die keine Rechtssubjekte sind. Zu nennen sind hier der nicht rechtsfähige Verein, der allerdings nur passiv parteifähig ist, und die schon oben erwähnte Schuldverschreibungsbesitzergemeinschaft. Ob es nun in § 50 Abs. 2 ZPO heißt, der nicht rechtsfähige Verein kann verklagt werden, oder ob es in § 86 BRG § 63, 71 AGG heißt, die Betriebsvertretung erhebt die Klage, dürfte rechtlich insofern bedeutungslos sein, als in dem einen Fall die Parteifähigkeit allgemein, wenn auch nur für Passivprozesse ausgesprochen wird, in unserem Falle der Betriebsvertretung für einen bestimmten Prozeß, nämlich für das Kündigungseinspruchsverfahren, die Parteifähigkeit zuerkannt wird. Das Gesetz meint im Grunde in beiden Fällen dasselbe, wenn es sich auch anders ausdrückt. Diese Auffassung läßt sich bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht leugnen [43]).

Hier noch ein Wort zur Begründung [44]), die erklärt, die Parteifähigkeit der Betriebsvertretung stehe mit dem Grundgedanken des Betriebsrätegesetzes nicht in Einklang. Das ist eine absolute Phrase, die nicht nur durch die Vorschriften des BRG, sondern auch durch §§ 63, 71 AGG widerlegt wird. Ebenso scheint man vergessen zu haben, daß der Entwurf [45]) von 1923 in § 8 nicht der Arbeitnehmerschaft, sondern gerade den Betriebsvertretungen die Parteifähigkeit ausdrücklich für das Einspruchsverfahren zubil-

41) Sydow-Busch, § 50 Anm. 1; R. G. 32/175.
42) § 50 ZPO.
43) So auch Stritzke, Schl. Wes. 27, Sp. 135; Sinzheimer S. 226 „Nur die Betriebsvertretung, nicht die Arbeitnehmerschaft ist parteifähig".
44) Begr. AGG, S. 35.
45) Abgedruckt R. A. Bl. A. Teil, S. 385.

ligen wollte. Sollte man damals etwa übersehen haben, daß diese Vorschrift nicht mit dem Grundgedanken des BRG vereinbar sei?

Wohlgemerkt handelt es sich nur um die Parteifähigkeit im Einspruchsverfahren. Jede weitere Ausdehnung wäre ein Uebergriff der Auslegung. Erhebt die Betriebsvertretung die Klage, so darf sie als „Betriebsvertretung" alle Prozeßhandlungen vornehmen, die der Sache nach zum Schutze des geltend gemachten Rechtes dienen. Ihre Parteifähigkeit ist, wie die aller Personenvereinigungen, die materiell nicht rechtsfähig oder parteifähig sind, eine wirkliche Parteifähigkeit. Sie wird prozessual den Rechtssubjekten gleichgestellt, indem sie wie diese als solche klagen kann. Diese prozessuale Rechtssubjektivität, d. h. die Stellung als juristische Person im Prozeß, ist keineswegs bedingt durch die bürgerliche Eigenschaft eines Rechtssubjekts, wie es auch § 50 Abs. 2 ausdrücklich für den nicht rechtsfähigen Verein klarstellt[46]). Aus dieser prozessualen Rechtssubjektivität ergibt sich, daß die Betriebsvertretungsmitglieder nicht Partei, also zeugnisfähig sind.

cc) Das Prozeßführungsrecht[47]) der Betriebsvertretung.

Der Satz: Die Betriebsvertretung kann klagen, besagt aber noch etwas anderes. Er enthält noch ein anderes wesentliches Erfordernis, um dem Anspruch zum Siege zu verhelfen. Er besagt, daß die Betriebsvertretung in diesem Verfahren auch die richtige

46) Vgl. Schultze in Grünhuts Zeitschr. 28, S. 524; Hellwig, System, Bd. 1, S. 152 ff; a. A. Wach Lehrbuch I, S. 519; Z. f. Z. Bd. 9 S. 436; Kleinfeller, S. 117; Nußbaum S. 125; die diesen Personenvereinigungen nur eine formelle Parteifähigkeit verleihen; d. h. eine Parteifähigkeit, die den Mitgliedern nur gestattet, unter einem Sammelnamen zu klagen, während in Wahrheit die Mitglieder selbst Partei seien. Diese formelle Parteifähigkeit ist also in Wirklichkeit gar keine Parteifähigkeit. Vgl. hierüber Ehmann, S. 75.

47) Nach dem heute gezogenen weiter gefaßten Parteibegriff, der nicht nur die Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses, sondern auch die, in deren Namen, oder gegen welche der Rechtsschutz gewährt wird, als Partei ansieht, muß man von einem Prozeßführungsrecht reden, da der Ausdruck Sachlegitimation, der sich auf den älteren Parteibegriff anwenden ließ — Partei-Subjekt des streitigen Rechtsverhältnisses — zu eng geworden ist. So Hellwig, Lehrbuch I. S. 155 ff, 316 ff; II. S. 317; Stein-Jonas Vorbem. zu § 50 IV.

Partei, d. h. prozeßführungsberechtigt ist [48]). Wie läßt sich dieses Prozeßführungsrecht rechtlich erklären? Das Prozeßführungsrecht steht gewöhnlich dem zu, der auch materiell berechtigt ist. Daneben aber ist es auch den Personen gegeben, die zwar selbst nicht Träger des materiellen Rechtes sind, die aber doch aus gewissen Gründen Parteistellung einnehmen. Nach der herrschenden Ansicht [49]) sind Partei rem in indicium deducens und is, contra quem res in indicium deducitur; d. h. die Personen sind Partei, in deren Namen oder gegen welche der Rechtsschutz gewährt werden soll entgegen der früheren Auffassung [50]), die als Parteien nur die Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses ansah, die also den Begriff viel enger zog. Nach den Subjekten des streitigen Rechtsverhältnisses sind also auch diejenigen Partei, denen das Recht ein Prozeßführungsrecht einräumt, wie z. B. der aus § 1380 BGB klagende Ehemann, wie etwa der Testamentsvollstrecker oder der Konkursverwalter. Hierher gehört auch die Betriebsvertretung. Sie ist vom Gesetzgeber eingesetzt worden, um die Interessen der Arbeitnehmer zu garantieren. Sie hat insbesondere im Einspruchsverfahren die Pflicht, sich um das Einspruchsrecht zu kümmern, indem sie es unter Umständen klagreif macht. Sie hat weiter kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift das Recht, die Klage zu erheben. Sie hat Parteistellung inne und klagt also im eigenen Namen.

Immerhin liegt eine scheinbare Disharmonie vor, handelt es sich doch um das Recht des Arbeitnehmers, das von der Betriebsvertretung geltend gemacht wird. Man könnte also meinen, daß sie als „scheinbares Prozeßsubjekt“ [51]) fungierte, während der Arbeitnehmer „hinter den Kulissen stehend“ den Mittelpunkt bildet. So liegt die Rechtslage jedoch nicht. Die Betriebsvertretung soll selbst Rechtssubjekt sein, sie soll den Mittelpunkt bilden, von dem die prozessualen Einwirkungen ausgehen sollen, um eine zivilistische res iudicata zu erzeugen, die für oder gegen den Arbeitnehmer wirkt. Dieses Verhältnis, in dem ein Dritter über fremde Rechtsverhältnisse, als fremde im eigenen Namen, das Prozeßführungsrecht hat, nennt man Prozeßstandschaft. Ein Begriff,

48) Stritzke, Schl. Wes. 27 Sp. 135. „Die Parteifähigkeit und Legitimation des Gruppenrats ergibt sich aus § 86 BRG“.

49) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 131 Anm. 15; Lehrbuch I, S. 153; Fischer Z. f. Z. 10 S. 436; Stein-Jonas Vorbem. zu § 50. Diese Auffassung geht auf Oetker zurück. Jur. Lit. Bl. II. Jahrgang, S. 188 ff.

50) Wach I, S. 518; Planck I. S. 209.

51) Vgl. Kohler, Z. f. Z. Bd. 12, S. 100 ff.

der auf Kohler zurückzuführen ist[52]). Die Prozeßstandschaft ist „das zivile Rechtsverhältnis der einen Person zum Zivilrecht der anderen, kraft welchen Verhältnisses es der einen Person zusteht, einen Prozeß zu führen, dessen zivile Folgen auf die andere fallen". Daß die ZPO den Begriff der Prozeßstandschaft nicht nennt, sondern ihn nur nach seinen „empirischen Folgen" widergibt, entspricht nach Kohler[53]) durchaus den Postulaten der Gesetzesfassung. Damit ist nun nicht gesagt, daß jeder ohne weiteres das Recht eines Dritten im eigenen Namen geltend machen kann. Man würd somit dem Kläger die Möglichkeit geben, Personen vorzuschieben, um Prozeßkosten zu sparen. Deshalb scheut die Prozeßordnung die Prozeßstandschaft und läßt sie nur kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift zu[54]). Unter diesen numerus clausus fällt auch die klagende Betriebsvertretung. Handelt es sich doch hier um eine typische Prozeßstandschaft, da sich alle Voraussetzungen auf sie anwenden lassen. Sie klagt im eigenen Namen das Recht des Arbeitnehmers ein. Das Urteil wirkt für und gegen den Arbeitnehmer, dem es kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift[55]) ausgehändigt wird. Die Betriebsvertretung ist die eigentliche Trägerin des Prozesses. Sie wird ganz als Partei behandelt. Das kommt auch in der Kostenfrage zum Ausdruck. Die Kosten werden nämlich nicht dem Arbeitnehmer aufgebürdet, sondern fallen an und für sich der Betriebsvertretung zur Last, wenn sie auch, bedingt durch die Besonderheiten des Falles, außer Ansatz bleiben[56]). Ob man diese Parteistellung als Prozeßstandschafter nun, wie z. B. beim Testamentsvollstrecker oder Konkursverwalter als „Partei kraft Amtes" bezeichnet, dürfte unerheblich sein. Gewonnen wäre nichts mehr als ein Name.

Flatow[57]), der die klagende Betriebsvertretung „vergleichbar dem Konkursverwalter" als „Partei kraft Amtes" bezeichnet, sieht darin nur eine „weitere Umschreibung der eigenartigen Rechtsfigur, keine Klärung der Stellung". Diese Klärung findet

52) Kohler Z. f. Z. 12, S. 100 f; Iherings Jahrb. 24; S. 319; Grünhut Bd. 14 S. 39 f; Hellwig § 70 II 2.

53) Kohler, Z. f. Z. 12, S. 108.

54) Hellwig, System I. S. 169; Kohler, Ges. Beiträge S. 299; 301; Siber, S. 8. „Solches Auseinanderfallen entspricht aber meist nicht einer gesunden Ordnung und darum ist die Prozeßstandschaft im geltenden Recht eine Ausnahme geblieben, die beim Schweigen des Gesetzes nicht ohne durchaus zwingende Gründe unterstellt werden darf".

55) § 63 AGG.

56) § 71 AGG.

57) Flatow, Joachim, Schl. V. O. S. 89; BRG § 86 Anm. 6.

er dann darin, daß er die Betriebsvertretung als gesetzlichen Prozeßvertreter des einzelnen gekündigten Arbeitnehmers ansieht [58]). Jemanden aber zugleich als Partei kraft Amtes und als gesetzlichen Vertreter anzusehen, ist eine prozessuale Unmöglichkeit. Denn „Partei" kann niemals ein gesetzlicher Vertreter sein. Partei ist dann immer nur der Vertretene. Eine gesetzliche Vertretung des Arbeitnehmers durch die Betriebsvertretung liegt aber nicht vor. Diese Auffassung wird auch vom Gesetz nicht geteilt. Dies kommt abgesehen davon, daß es selbst von einer Klage der Betriebsvertretung spricht, dadurch zum Ausdruck, daß die Kostenregelung und die Bestimmung, daß bei Klageerhebung der Betriebsvertretung das vollstreckbare Urteil dem Arbeitnehmer auszuhändigen sei, überflüssig wären, da der Arbeitnehmer in diesem Falle selbst Partei wäre. Die Einwände Oertmanns und Langes [59]), daß diese Regelung nicht gelte, da der Reichs-Arbeits-Minister nicht befugt sei, wenn man die Betriebsvertretung als Partei ansehe, derartige Vorschriften durch eine Ausführungsverordnung zu erlassen, die Zivilprozeßordnung also durch eine Ausführungs-Verordnung abzuändern, sind abgesehen davon, daß es sich um eine Sonderregelung handelt, dadurch hinfällig geworden, daß jetzt ein verfassungsmäßiges Gesetz — das Arbeitsgerichtsgesetz — diese Regelung sanktioniert hat.

Mit der Prozeßstandschaft beschäftigt sich als einziger Volkmar [60]). Volkmar ist Anhänger der Kaskel'schen Auffassung und untersucht, ob die Klage der Arbeitnehmerschaft etwa ein Fall der Prozeßstandschaft sei. Er kommt zu einem ablehnenden Ergebnis. Sollten die Gründe, die zur Ablehnung einer Prozeßstand-

58) Für gesetzliche Vertretung des einzelnen Arbeitnehmers durch die Betriebsvertretung tritt auch Lange, N. Z. f. A. 25, Sp. 423 ein. Lange nimmt sogar an, daß sie vom Arbeitnehmer bestellt wird, der ihr sogar den Auftrag wieder entziehen kann. Diese Regelung wäre wünschenswert steht aber vorläufig in striktem Widerspruch zum Gesetzestext.

59) Lange N. Z. f. A. 25 Sp. 428. „Es wäre nicht ersichtlich, auf Grund welcher Vorschrift ein als Zeuge vernommener Arbeitnehmer die vollstreckbare Ausfertigung eines Urteils erlangen könne, das für eine fremde Partei ergangen ist". Oertmann, N. Z. f. A. 25, Sp. 16. Da die ZPO ausdrücklich darüber bestimme, wieweit einer nicht im Urteil genannten Person die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden kann (§ 727 ff), hätte die Schl. V. O. selbst „angesichts des Ermächtigungsgesetzes dazu Erweiterungen vornehmen können, nicht aber eine bloße ministerielle V. O. — sie ist lt. Schl. V. O. § 1 nur statthaft „zur Durchführung" der Schl. V. O. aber nicht zur Abänderung geltender Rechtsgrundsätze".

60) N. Z. f. A. 27, Sp. 431.

schaft bei Klage der Arbeitnehmerschaft führen, stichhaltig sein, so müßten sie auch für unseren Fall gelten. Volkmar sagt: „Man könnte an den Begriff der Prozeßstandschaft denken und die Rolle der Arbeitnehmerschaft mit der eines Ehemannes vergleichen, der einen zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehörigen Anspruch nach § 1380 im eigenen Namen geltend macht". Diese Analogie versage aber nach verschiedenen Gesichtspunkten. Einmal schlösse die Klage des Ehemannes das Klagerecht der Frau nicht aus, das auf die Klage des Ehemannes ergehende Urteil schaffe Rechtskraft nur zwischen ihm und dem Beklagten, nicht auch gegenüber der Frau. Dann könne drittens die Ausfertigung des obsiegenden Urteils nur dem Manne erteilt werden, der allein im Sinne des § 725 ZPO Partei sei. Dagegen könne im Einspruchsverfahren nur die Betriebsvertretung oder der gekündigte Arbeitnehmer die Klage erheben, das Urteil schaffe hier Rechtskraft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auch wenn die Betriebsvertretung die Klage erhoben habe und drittens sei dem Arbeitnehmer die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils auszuhändigen. Volkmar geht jedoch von völlig falschen Voraussetzungen aus. Zunächst zieht er den Fall des § 1380 S. 1 heran, in dem das Urteil nicht gegen die Frau wirkt. Dieser Klagefall ist anscheinend nach Volkmar der typische Fall der Prozeßstandschaft. Daher müßten auch alle anderen Fälle genau so behandelt werden. Das ist aber ein Irrtum. Die Prozeßstandschaft ist ein von dem Fall des § 1380 völlig unabhängiger Begriff. Sie ist nicht dem Fall des § 1380 nachgebildet, sondern umgekehrt hat dieser durch die Prozeßstandschaft seine Klärung erfahren. Wenn Volkmar daher annimmt, eine Prozeßstandschaft sei deshalb abzulehnen, weil das Urteil gegen den Arbeitnehmer wirke, so hätte er lieber sagen sollen, der Fall des § 1380 S. 1 sei kein Fall der Prozeßstandschaft, denn das ist ja gerade das Besondere der Prozeßstandschaft, daß das Urteil gegen den Inhaber des Rechts wirkt. Daher sieht auch Hellwig [61]) in § 1380 S. 1 nur eine „Parallele" zur Prozeßstandschaft, da das Urteil eben regelmäßig nicht gegen die Frau wirke. Die Regelung, daß das Urteil dem Arbeitnehmer ausgehändigt wird und daß dieser nicht neben der Betriebsvertretung klagen kann, trifft nicht das Wesen der Prozeßstandschaft. Diese Rege-

61) Hellwig, Rechtskraft, S. 155 f; Herr, Iherings-Jahrb. 46, S. 240; Kohler, Iherings-Jahrb. 24, S. 319; ebenso Binder in Bernhöft und Binders Beiträgen 1902 S. 109 ff; Siber S. 45. „§ 1380 ist eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß die Prozeßführung eines dazu legitimierten Unbeteiligten auch für und gegen den Beteiligten wirkt".

lung ist vielmehr eine notwendige Folge der materiellen Rechtslage. Die Einwände Volkmars[62]) versagen also und sind nicht geeignet, die Annahme einer Prozeßstandschaft ad absurdum zu führen. Die Betriebsvertretung klagt als Prozeßstandschafter. Die notwendige Folge ist, daß sie nicht nur das Recht hat, die im Prozeß gebräuchlichen Rechtsakte, sondern auch die den Prozeß lösenden Geschäfte vorzunehmen in der Lage ist. Sie kann also vergleichen, anerkennen und auch verzichten[63]). Der Arbeitnehmer steht völlig außerhalb des Verfahrens. Er ist nicht Partei. Folglich kann er als Zeuge vernommen werden. Er wäre jedoch nach § 393 ZPO i. Vbdg. m. § 46 AGG unvereidigt zu vernehmen, da er am Ausgange des Prozesses unmittelbar beteiligt ist.

dd) Die Prozeßfähigkeit der Betriebsvertretung.

Eine weitere prozessuale Vorbedingung einer sachlich richtigen Entscheidung ist die Prozeßfähgkeit. Prozeßfähig ist der, der sich durch Verträge verpflichten kann[64]). Wie alle Personenvereinigungen ist also auch die Betriebsvertretung prozeßunfähig. Sie bedarf daher einer natürlichen Person, um prozessuale Rechtshandlungen vornehmen zu können. Diese natürliche Person findet sie in ihrem Vorsitzenden, den sie nach § 38 in Verbindung mit § 26 BRG aus ihrer Mitte zu wählen hat. Dieser erhebt als gesetzlicher Vertreter der Betriebsvertretung die Klage.

ee) Ergebnis.

Wir sehen also, daß sich die Stellung der Betriebsvertretung, ohne daß man zu unklaren Konstruktionen zu greifen braucht,

62) Volkmar, N. Z. f. A. 27 Sp. 432 kommt dann zu dem Ergebnis, daß die Arbeitnehmerschaft als Partei kraft Amtes klage. Damit kommt er dann doch auf die Prozeßstandschaft, da die Partei kraft Amtes letzten Endes eine Prozeßstandschaft ist, der man eben nur einen Namen gegeben hat.

63) „Die Prozeßordnung geht von dem Satze aus, daß dem, dem die Prozeßführung zusteht, auch das Recht der Lösung des Prozesses durch solche Rechtsgeschäfte zustehen müsse". Kohler, Ges. Beitr. S. 312; Grünhuts Zeitschr. 14, S. 40; Wolf, Archiv. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 122 f; Hellwig, Rechtskraft S. 156, 158; Dersch AGG S. 605 „Der Arbeitnehmer geht dieses Risiko von vorneherein ein, wenn er nicht selbst vorher von der Klageerhebung Gebrauch macht". Unberührt bleibt dem Arbeitnehmer dagegen ein eventl. Schadensersatzanspruch gegen die Betriebsvertretungsmitglieder.

64) § 52 ZPO.

klären läßt. Sie klagt weder als gesetzlicher Vertreter des Arbeitnehmers, noch als gesetzlicher Vertreter der Arbeitnehmerschaft, sei es als Teilperson, sei es als interessenverbundene Personenvielheit. Die Klage der Betriebsvertretung ist vielmehr ihre eigene [65]). Sie ist Partei. Es liegt ein Fall der Prozeßstandschaft vor. Der § 10 AGG, der der Arbeitnehmerschaft die Parteifähigkeit gibt, ist also überflüssig [66]). Denn was nützt der Arbeitnehmerschaft die Parteifähigkeit, wenn ihr durch zwingende Gesetzesvorschrift das Prozeßführungsrecht versagt ist [67]). § 10 ist also nichts als ein vorbeigeratener Konstruktionsversuch. Wenn man ihn ernst nehmen sollte, hätten andere Vorschriften abgeändert werden müssen. So steht er in unvereinbarem Widerspruch

65) So auch Sinzheimer, S. 226, der die Fassung des § 10 AGG für „sehr unglücklich" hält und fortfährt: „Trotz dieser unglücklichen Wortfassung wird man indessen auch für das AGG die natürliche Auffassung zu vertreten haben, daß die Betriebsvertretung im eigenen und nicht in fremdem Namen auftritt".

66) Es kann für die in § 10 aufgeführten Fälle des § 2 Abs. 5, in denen der Arbeitnehmerschaft auch die Parteifähigkeit für das Beschlußverfahren zugebilligt wird, ohne auf diese Fragen näher einzugehen, nur soviel gesagt werden, daß die Arbeitnehmerschaft zwar für parteifähig erklärt, jedoch gar nicht an dem Beschlußverfahren Partei oder korrekter ausgedrückt beteiligt ist. Je nach Lage des Falles können hier Beteiligte sein entweder der Arbeitgeber oder ein einzelnes Betriebsratsmitglied § 39 BRG oder ¼ der Arbeitnehmer z. B. in § 39 Abs. 2 oder die Betriebsvertretung z. B. in den Fällen des § 80 Abs. 2, § 82, § 83. In diesen letzten Fällen, in denen § 10 AGG die Arbeitnehmerschaft als beteiligt erklären will, handelt es sich kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift des BRG um Befugnisse der Betriebsvertretung. Kommt bei Ausübung dieser Befugnisse mit dem Arbeitgeber keine Einigung zustande, so entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren. Ist z. B. kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die Betriebsvertretung befugt, mit dem Arbeitgeber Arbeitsordnungen oder sonstige Dienstvorschriften zu vereinbaren oder Strafen festzusetzen (§ 80) oder kann sie bei Verstoß gegen die vereinbarten Richtlinien Einspruch erheben, — sie kann hier sogar entgegen dem Willen der Arbeitnehmer handeln — so muß doch die Betriebsvertretung, falls bei Differenzen mit dem Arbeitgeber das Arbeitsgericht entscheiden soll, und nicht die Arbeitnehmerschaft in dem Verfahren beteiligt sein. Der § 82 redet ausdrücklich davon, daß der Arbeiter- oder Angestelltenrat Einspruch erheben kann. Jede andere Auffassung steht also dem ausdrücklichen Gesetzestext entgegen.

67) Vgl. Stritzke, Schl. Wes. 27, Sp. 135. „Die Arbeitnehmerschaft ist zwar nach § 10 für parteifähig erklärt, § 10 sagt aber nicht, ob sie zur Klage auch legitimiert ist. Kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ist dies die Betriebsvertretung."

mit dem Betriebsrätegesetz und dem Arbeitsgerichtsgesetz. Eine Fassung des § 10, wie sie durch das Mehrheitsgutachten des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats [68]) vorgeschlagen und wie sie bereits im Entwurf von 1923 [69]) vorgesehen war, wonach in den Fällen des § 2 Abs. 4 und 5 die Betriebsvertretung parteifähig sein soll, ist zur Legalisierung unserer Auffassung so wenig erforderlich, wie die jetzige Fassung geeignet ist, ihr Abbruch zu tun. Sie wäre lediglich eine Etiquette, um unsere Ansicht auf den ersten Blick hin zu bestätigen.

II. Die Alternative der Klageerhebung.

Geht die Besonderheit im Einspruchsverfahren, die wir darin gefunden haben, daß die Betriebsvertretung oder der gekündigte Arbeitnehmer die Klage erheben können soweit, daß über dasselbe materielle Recht sowohl die Betriebsvertretung als auch der gekündigte Arbeitnehmer nebeneinander die Klage erheben können? Oder schließt die Klage des einen die des anderen aus? Das Gesetz sagt in § 86, die Betriebsvertretung oder der gekündigte Arbeitnehmer kann die Klage erheben. Dieser Ausdruck besagt m. E., daß nur die Betriebsvertretung oder nur der Arbeitnehmer das an und für sich beiden zustehende Klagrecht ausüben kann. Die Klage ist also nicht, um mit Dersch zu sprechen, „koordiniert in zwei Hände gelegt, sondern nur wahlweise“ [70]). Eine Stütze dieser Auffassung kann man auch darin finden, daß § 4 der 1. Ausführungsverordnung zur Verordnung über das Schlichtungswesen unter Verweisung auf § 86 BRG sagt, daß d i e Klage und nicht allgemein, daß K l a g e erhoben werden kann, wie doch die korrekte Ausdrucksweise hätte lauten müssen [71]), wenn das Gesetz 2 Klagen nebeneinander zulassen wollte. Ebenfalls hätte bei solcher Auffassung der § 86 lauten müssen . . . „so k ö n n e n der Arbeiter- oder Angestelltenrat oder der betreffende Arbeitnehmer . . . . das Arbeitsgericht anrufen“. Die hier vertretene Auffassung teilt auch die Begründung [72]), die zu dieser Frage ausführt, „hat die Betriebsvertretung die Klage erhoben, so ist der Arbeitnehmer von der Prozeßführung für diesen Rechtszug ausgeschlossen, erhebt sie die Klage nicht, so steht das Recht der

68) Vgl. Begr. AGG S. 70.
69) Reichs-Arbeits-Blatt A. T. S. 385.
70) Dersch, AGG § 10 Anm. 5c.
71) So auch Priebe, N. Z. f. A. 26, Sp. 529.
72) Begr. AGG S. 35.

Prozeßführung nur dem beteiligten Arbeitnehmer zu". Eine Ansicht, die auch von praktischen Gesichtspunkten aus gesehen die einzig richtige sein dürfte, käme man doch andernfalls zu dem Ergebnis, daß in derselben Sache etwa durch verschiedene Zuständigkeiten oder andere Besetzung zwei verschiedene Urteile erwirkt werden könnten. Diese Gründe der Sicherheit für eine einheitliche Rechtsprechung lassen es also ebenfalls angebracht erscheinen, nur einer Klage stattzugeben [73]). Klagt also der Arbeitnehmer oder die Betriebsvertretung, wenn der andere Teil schon die Klage erhoben hat, so ist diese zweite Klage wegen mangelnder Berechtigung von Amts wegen abzuweisen.

Im engen Zusammenhang mit diesen Ausführungen steht die Frage, ob sich die Betriebsvertretung oder der Arbeitnehmer der Klage des anderen als Nebenintervenient anschließen kann. Unter Nebenintervention versteht man „die Teilnahme eines Dritten an einem anhängigen Prozeß behufs Unterstützung der Partei, an deren Sieg der Dritte ein rechtliches Interesse hat" [74]), ohne daß er Streitgenosse wird. Da der Nebenintervenient nicht selbst Partei wird, also selbst nicht zu klagen braucht, wäre es denkbar, daß sowohl der Arbeitnehmer, wie die Betriebsvertretung intervenieren könnten.

Dem Arbeitnehmer ist auch ein Interventionsrecht einzuräumen. Denn einmal ist er interventionsfähig, d. h. er ist parteifähig, ohne selbst Partei zu sein, wenn er auch Subjekt des Rechtsverhältnisses ist [75]). Daneben hat er ein Interventionsinteresse, d. h. ein rechtliches Interesse an dem Ausgang des Prozesses. Auch wird in den Fällen der Prozeßstandschaft allgemein anerkannt, daß der Rechtsinhaber dem Prozesse, der über sein Recht geführt wird, als Nebenintervenient beitreten kann [76]). Er nimmt als Nebenintervenient sogar noch eine besondere Stellung ein. Da sich nämlich die Rechtskraftwirkung des Urteils auf ihn erstreckt, wird er nach § 69 ZPO ein sogen. streitgenossenschaftlicher Nebenintervenient. Es werden ihm kraft Fiktion erweiterte Be-

73) So auch Flatow R. A. Bl. 25, N. A. T. S. 757 Anm. 14; Shell, Schl. Wes. 25, S. 152 f; a. A. Baumbach AGG § 10 Anm. 4.

74) § 66 ZPO.

75) Hellwig, Lehrb. II S. 478 ff.

76) Hellwig, Lehrb. II S. 484. „Es kann intervenieren der Berechtigte oder Verpflichtete in dem Prozesse, den die zu unterstützende Partei suo nomine, aber kraft eines ihr zustehenden Prozeßführungsrechtes mit Wirkung für und gegen den Interventionslustigen führt".

fugnisse beigelegt, wie sie sonst nur ein Streitgenosse hat [77]). Er gilt als Streitgenosse der Hauptpartei, d. h. seine Erklärungen wirken wie Parteierklärungen. Eine widersprechende Erklärung seinerseits könnte also, da ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vorliegen würde, durch eine Erklärung der Hauptpartei nicht beseitigt werden. Er kann also in weitem Maße prozessuale Handlungen vornehmen, zu deren Ausübung er als einfacher Nebenintervenient nicht befugt wäre. Es ist ihm also möglich, beim Verzicht der Betriebsvertretung selbständig Berufung einzulegen [78]) [79]).

Dagegen ist der Betriebsvertretung ein Interventionsrecht zu versagen. Wie wir sahen, ist allgemeine Voraussetzung dieses Rechtes die Interventionsfähigkeit, die nur ein Parteifähiger besitzen kann. Parteifähig ist die Betriebsvertretung aber nur, wenn sie selbst die Klage erhebt. Eine weitere Ausdehnung dieser Parteifähigkeit würde sich mit dem Willen des Gesetzes nicht decken. Durch die Klage des Arbeitnehmers wird sie aus dem Verfahren ausgeschaltet. Für jede von ihr jetzt vorgenommene Prozeßhandlung fehlt ihr die Parteifähigkeit. Sie ist also nicht interventionsfähig. Dazu kommt, daß ihr das nach § 66 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an dem Obsiegen des Arbeitnehmers fehlt. Aus diesen Gründen ist ihr ein Interventionsrecht zu versagen.

77) Hellwig, Lehrb. II, S. 519; Förster-Kann § 69, 2; Kohler, Ges. Beitr. S. 276.

78) So Stein-Jonas § 69 I 2; Förster-Kann § 69 3 b, bb; Hellwig, II, S. 519.

79) Diese Feststellung ist wichtig. Vgl. S. 36 Anm. 8.

C. Das Verfahren vor den Landesarbeitsgerichten.

Eine weitere Besonderheit des Kündigungseinspruchsverfahrens finden wir darin, daß der Gesetzgeber im Gegensatz zur bisherigen Regelung, die das Verfahren mit einer Instanz abschloß, im Arbeitsgerichtsgesetz die Möglichkeit einer Berufung gegen die Urteile des Arbeitsgerichts zuläßt. Der Reichsrat [1]) hatte sogar aus Gründen der Rechtssicherheit und aus Gründen der evtl. Vermeidung prozessualer Schwierigkeiten [2]) den Beschluß gefaßt, für diese Rechtsstreitigkeiten auch die Revision für zulässig zu erklären. Die Reichsregierung [4]) vertrat jedoch die Auffassung, daß „das Interesse an der beschleunigten Erledigung der besonders eiligen Entlassungsstreitigkeiten prozessuale Interessen überwiegen müßte", eine Auffassung, der sich auch der Reichstag anschloß. Er blieb daher bei der vorgesehenen Regelung eines zweiinstanzlichen Rechtszuges. Voraussetzung für die Einlegung der Berufung ist, daß der Streitwert [3]), der im Urteil festzusetzen ist, eine Höhe von 300 Mk. erreicht haben muß. Die Berufungsfrist beträgt im Gegensatz zur ZPO, die 4 Wochen vorsieht, 2 Wochen. Dazu kommt eine zweiwöchentliche Frist zur Berufungsbegründung.

Auch in der Berufungsinstanz muß man sich fragen, wer kann Berufung einlegen? Darf ein Wechsel der Parteien insofern eintreten, als die Betriebsvertretung für den in 1. Instanz klagenden Arbeitnehmer oder umgekehrt der Arbeitnehmer für die in 1. Instanz klagende Betriebsvertretung eintreten darf? § 71 AGG, der die Frage lösen soll, löst sie gänzlich unzureichend. Er besagt, daß in Fällen des § 86, 87 BRG die Betriebsvertretung nur dann Berufung einlegen oder für den Berufungsbeklagten eintreten kann, wenn s i e die Klage beim Arbeitsgericht erhoben hat. Das besagt also einmal, daß die Betriebsvertretung nur dann Berufung einlegen kann, wenn sie

1) Begr. S. 39.

2) Gedacht ist hier an eine Verbindung der Einspruchsklage mit Streitigkeiten aus § 2 Nr. 2 AGG.

3) Mit Rücksicht „auf die besonderen Bedürfnisse der Arbeitsgerichtsbarkeit (Begr. S. 38) ist hier im Gegensatz zur ZPO § 511a, die den Wert des Beschwerdegegenstandes für maßgeblich erklärt, der Streitwert ausschlaggebend.

4) Begr. AGG S. 39.

die Klage erhoben hat. Jedes Eitnreten für den Arbeitnehmer in der Berufungsinstanz ist ihr also, falls dieser die Klage erhoben hat, versagt. Der Paragraph besagt ein zweites. Die Betriebsvertretung kann für den Berufungsbeklagten eintreten, wenn sie die Klage vor dem Arbeitsgericht erhoben hat. Dieser Satz ist ein glatter Widerspruch in sich. Er enthält eine Unmöglichkeit. Denn, wenn die Betriebsvertretung vor dem Arbeitsgericht die Klage erhoben hatte, ist sie selbst Berufungsbeklagte. Ein Eintreten für einen Berufungsbeklagten ist also unmöglich. Tritt sie aber für den Berufungsbeklagten ein, so kann sie selbst vor dem Arbeitsgericht keine Klage erhoben haben. Was soll also gelten? Darf die Betriebsvertretung in diesem Falle für den Berufungsbeklagten eintreten? Wollte man dies annehmen, so entbehrt die Vorschrift jeglicher Logik. Denn warum soll gerade in diesem Falle, also im Falle des Obsiegens des Gekündigten in der ersten Instanz ein Einspringen der Betriebsvertretung möglich sein? Warum aber nicht, wenn der Arbeitnehmer in der 1. Instanz die Klage erhoben hat und unterlegen ist? Die Vorschrift des § 71 ist also völlig unverständlich. Man kann sie nur so auslegen, daß die Betriebsvertretung vor der Berufungsinstanz als Beklagte nur dann auftreten kann, wenn sie selbst in der ersten Instanz die Klage erhoben hat. Dem entspricht auch die Begründung [5]), die einen Wechsel der Prozeßpartei vermeiden will, der auch „insofern praktisch von unerwünschter Bedeutung wäre, als auf diese Weise für den Fall des Unterliegens die Prozeßkosten von dem beteiligten Arbeitnehmer abgewälzt würden und außer Ansatz bleiben müßten". Der Wille des Gesetzes geht also, jedenfalls soweit man ihn aus der Begründung entnehmen kann, dahin, einen Wechsel der Parteien, falls die Betriebsvertretung die Klage erhoben hat, zu vermeiden. Das Gesetz hat aber etwas anderes ausgedrückt, als es sagen wollte. Für die Praxis dürfte jedoch die hier vertretene Auffassung maßgebend sein [6]).

---

5) Begr. S. 35.

6) So auch Kaskel, die neue Arb. gerb. S. 25 Anm. 1; Dersch N. Z. f. A. 27 Sp. 440, 443; Volkmar N. Z. f. A. 27, Sp, 428; Baumbach § 71; Held-Lieb-Gift § 71; Siefart § 10; Fränkel S. 14; Goldschmidt § 71,3. Dersch vertritt in seinem Kommentar § 10 Anm. 5c und § 71 die Auffassung, daß die Betriebsvertretung nicht für den Arbeitnehmer, der in der 1. Instanz geklagt hat, Berufung einlegen dürfte, während er in demselben Kommentar S. 596 sich selbst widersprechend behauptet, daß die Betriebsvertretung auch dann Berufung einlegen könne, wenn der Arbeitnehmer das Verfahren nicht weiter verfolge.

Wie liegt die Rechtslage nun umgekehrt? Kann der Arbeitnehmer für die Betriebsvertretung, die vor dem Arbeitsgericht die Klage erhoben hat, in der Berufungsinstanz einspringen? Das Gesetz schweigt und begnügt sich nur mit der ungenügenden Regelung des umgekehrten Falles. Sollen jetzt also die allgemeinen Prozeßgrundsätze zur Anwendung kommen, die für den Wechsel der Partei gelten? Diese gehen dahin, daß eine Aenderung der Klage nur mit Einwilligung des Gegners möglich ist[7]). Daß ein Wechsel der Partei eine Klageänderung ist, läßt sich aus dem Inhalt der Klageschrift § 253 und aus den in § 268 ZPO aufgezählten Ausnahmen, wenn auch nur mittelbar, entnehmen. Nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen wäre somit ein Einspringen des Arbeitnehmers für die Betriebsvertretung in der Berufungsinstanz nur mit Einwilligung des Arbeitgebers möglich. Soll man also diese Grundsätze anwenden? Oder soll man sagen? Gerade durch die besondere Regelung, die das Gesetz in § 71 getroffen hat, die doch an und für sich selbstverständlich wäre, hat es nur einen Wechsel verbieten wollen, wenn der Arbeitnehmer die Klage erhoben hat. Man müsse deshalb als argumentum e contrario aus § 71 AGG schließen, daß in dem Fall, in dem die Betriebsvertretung die Klage erhebt, ein Wechsel zulässig sein soll, sodaß also bei Einlegung der Berufung der Arbeitnehmer für die Betriebsvertretung eintreten darf. U. E. dürfte diese Auslegung zu weit gehen. Ein so allgemeiner Grundsatz, daß ein Wechsel der Prozeßparteien ohne Zustimmung des Gegners unmöglich ist, kann nicht durch eine argumentum e contrario Konstruktion, einer dazu zum Teil noch zweifelhaften Fassung aufgehoben werden. Dazu wäre eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift notwendig gewesen.

Ein Eintreten des Arbeitnehmers für die Betriebsvertretung in der Berufungsinstanz ist also ohne Einwilligung des Gegners nicht möglich[8]) [9]).

---

7) § 527 ZPO.

8) Das gilt aber nicht für den Fall, in dem der Arbeitnehmer der klagenden Betriebsvertretung als Nebenintervenient beitritt. Dann erlangt er, wie wir oben gesehen haben, die Stellung eines streitgenossenschaftlichen Nebenintervenienten, die es ihm ermöglicht, auch beim Verzicht der Betriebsvertretung Berufung einzulegen. Es ist daher praktisch jedem Arbeitnehmer zu raten, der klagenden Betriebsvertretung als Nebenintervenient beizutreten, um für jeden Fall die Sicherheit in der Hand zu haben, seinen Anspruch bis zum letzten Rechtsmittel geltend machen zu können.

9) So auch Baumbach, § 71. Ein Wechsel der Partei wäre stets Klageänderung und deshalb in zweiter Instanz nur mit Einwilligung des

Gelten also in beiden Fällen die allgemeinen Prozeßgrundsätze, so ist die Vorschrift des § 71 überflüssig. Wenn man schon jeden Zweifel, der im Hinblick auf diese Besonderheit des Verfahrens entstehen könnte, beseitigen will, so muß eine Vorschrift geschaffen werden, aus der der Wille des Gesetzgebers einwandfrei hervorgeht.

Gegners möglich. Ebenso Flatow, R. A. Bl. 25, N. A. T. S. 758; Fränkel S. 14.

a. A. Dersch AGG § 10a, 5c. N. Z. f. A. 27 Sp. 443; Goldschmidt § 71 A. 3 allerdings ohne Begründung.

D. Die Kostenregelung.

Eine weitere Besonderheit nicht nur im arbeitsgerichtlichen Verfahren überhaupt, sondern auch noch besonders im Kündigungseinspruchsverfahren bildet die Kostenfrage. Prozeßkosten sind „die Aufwendungen, der Parteien aus Anlaß und zum Zweck der Prozeßführung, sei es als unmittelbare Ausgaben der Partei durch Reisekosten usw., sei es als Zahlungen an das Gericht, den Anwalt oder sonstige Vertreter“ [1]). Diese Kosten erfahren eine verschiedene Regelung, je nachdem der Arbeitnehmer oder die Betriebsvertretung die Klage erhebt.

Zunächst der erste Fall: Nach den Grundsätzen der Zivil-Prozeß-Ordnung [2]) hätte der unterliegende Teil die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen. In abweichender Regelung bestimmt jedoch § 61 AGG, daß ein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozeßbevollmächtigten oder Beistandes nicht besteht. Diese Kosten sind also von dem unterliegenden Teil, sei es Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht zu ersetzen. Anders in der Berufungsinstanz. Hier sind, da § 64 § 61 Abs. 1 nicht erwähnt, wie in der ZPO, dem obsiegenden Teil sämtliche Kosten zu erstatten, während in der 1. Instanz diese Kosten infolge Anwaltsverbots nur geringen Umfang annehmen werden, ist hier infolge des vorgeschriebenen Anwaltszwangs [3]) eine größere Höhe denkbar.

Noch anders regeln sich die Kosten bei Klageerhebung durch die Betriebsvertretung. Zunächst bleiben in der ersten Instanz auch in diesem Falle die in § 61 erwähnten Kosten außer Ansatz. Außer Ansatz bleiben ferner sämtliche Kosten für die Betriebsvertretung, falls diese die Klage erhoben hat und abgewiesen ist [4]). Baumbach [5]) und anscheinend auch die Begründung [6]) verstehen

---

1) Stein-Jonas § 91 Vorb.
2) § 91 ZPO.
3) Es können allerdings nach § 11 AGG auch Organisationsvertreter zugelassen werden.
4) § 63, 2.
5) Baumbach, § 63.
6) Begründung S. 43.

unter diesen in § 63 Abs. 2 aufgeführten Kosten nur die Gerichtskosten, da die Parteikosten ja schon durch § 61 ihre Regelung gefunden hätten. Diese Ansicht dürfte jedoch irrig sein, hätte der Gesetzgeber dann doch von „Gerichtskosten" und nicht allgemein von „Kosten" gesprochen. Da aber auch für die Berufungsinstanz dieselben Gründe vorliegen, die Betriebsvertretung von den Kosten zu befreien [7]), wäre nicht recht ersichtlich, warum denn nur die Gerichts-, und nicht auch die Parteikosten außer Ansatz bleiben sollen. Denn § 63 gilt auch für die Berufungsinstanz. Es bleiben also in diesem Falle alle Kosten außer Ansatz [8]), da man sie dem Arbeitnehmer, der zwar Träger des Rechts, aber doch nicht Partei ist, schlechterdings nicht aufbürden konnte. Genau so ist die Kostenfrage in der Berufungsinstanz zu beurteilen [9]).

Hier erhebt sich nun die Frage. Kann die Betriebsvertretung auch im Falle ihres Unterliegens Ersatz ihrer eventl. Rechtsanwaltskosten, als „notwendige Kosten" nach § 36 BRG vom Arbeitgeber ersetzt verlangen? Da vor den Landesarbeitsgerichten grundsätzlich Anwaltszwang herrscht, ist die Betriebsvertretung gezwungen, sich einen Anwalt zu nehmen, um ihre Klage durchführen zu können. Zwar sieht § 11 auch eine Vertretung durch Organisationsvertreter vor, aber nur in den Fällen, in denen Partei des Rechtsstreits auch ein Mitglied einer solchen Organisation ist. Die Betriebsvertretung kann jedoch als solche kein Mitglied einer Organisation sein. Die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers kommt nicht in Frage, da er eben keine Partei ist. Es muß also ein Anwalt genommen werden [10]). § 36 BRG besagt, daß die durch Geschäftsführung entstehenden notwendigen Kosten der Arbeitgeber zu tragen hat, es sei denn, daß durch Tarifvertrag etwas anderes bestimmt wird. Unter notwendigen Kosten ver-

---

7) Maßgebend war nämlich die mangelnde Vermögens- und Rechtsfähigkeit der Betriebsvertretung, die den Gesetzgeber zu dieser Regelung zwang. Vgl. Begr. AGG S. 43; Dersch § 63 Anm. 8.

8) Diese Regelung bestand bisher schon. Vgl. § 4 Abs. 2 der 2ten Durchf. V. O. zur Schl. V. O. v. 10. 12. 23.

9) Aus diesem Grunde wird der Arbeitnehmer es wohl meist der Betriebsvertretung überlassen, die Klage zu erheben.

10) Das Armenrecht würde der Betriebsvertretung versagt werden müssen, denn nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. Bd. 33 S. 366 Bd. 65, S. 287) kann dieses nur von physischen Personen in Anpruch genommen werden. So auch Kleinfeller, S. 704; Stein-Jonas, § 114; a. A. Hellwig, System, I S. 235; Förster-Kann, § 114 Nr. 1; Seuffert, § 114 Nr. 1.

steht man allgemein [11]) die Kosten, die aus der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Betriebsvertretung erwachsen. Gehört die Durchführung der Klage zu den gesetzlichen Aufgaben der Betriebsvertretung? U. E. muß man die Frage verneinen und zwar aus folgenden Gründen. § 78 BRG besagt: Der Arbeiter- und Angestelltenrat, oder, wo ein solcher nicht besteht, der Betriebsrat hat die Aufgabe. . . Z. 9 nach Maßgabe der §§ 84—90 bei Entlassungen von Arbeitnehmern der Gruppe mitzuwirken. Das heißt die Betriebsvertretung hat mitzuwirken insoweit, als ihre Tätigkeit erforderlich ist, um dem Anspruch den Weg zu den Gerichten zu ebnen. Gemeint ist hier die Mitwirkung, soweit sie sich auf die Prüfung des Anspruchs und auf die Verständigungsverhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer erstreckt. Soweit h a t sie mitzuwirken; d. h. das ist ihre Aufgabe. Sie k a n n dann noch ihre Mitwirkung weiter erstrecken, indem sie die Klage beim Arbeitsgericht erhebt. Diese Klage k a n n sie erheben. Durch eine Nichterhebung werden die ihr durch das BRG auferlegten Pflichten nicht im geringsten verletzt, da ja der Arbeitnehmer selbst klagen kann und somit der Durchführung des Anspruchs keine Schwierigkeiten mehr im Wege stehen. Die Klage der Betriebsvertretung ist also nicht notwendig. Auch sagt der Reichsarbeitsminister [12]) in einem Bescheid, „daß eine Vertretung der Arbeitnehmer vor den Arbeitsgerichten nicht zu den gesetzlichen Aufgaben der Betriebsvertretung gehöre. § 66 ff". Die Durchführung der Klage gehört also nicht zu den gesetzlichen Aufgaben der Betriebsvertretung. Eine Erstattung der Anwaltskosten der unterliegenden Betriebsvertretung nach § 36 BRG als „notwendige" Kosten der Geschäftsführung ist also abzulehnen [13]) [14]). Somit kommen wir auch zu einem billigen Ergebnis. Wäre es doch eine ungeheure Ungerechtigkeit, den Arbeitgeber trotz seines Obsiegens, der unter normalen Verhältnissen Anspruch auf den gesamten Kostenersatz hätte, die Anwaltskosten des unterliegenden Gegners tragen zu lassen. Trotzdem wäre es wünschenswert, in

---

11) Vgl. Flatow § 30 Anm. 3.

12) R. A. Bl. 20 S. 485.

13) Das bedeutet keine Rechtsverweigerung, da der Arbeitnehmer ja kraft des ihm selbst zustehenden Prozeßführungsrechtes die Klage anstrengen und selbst Berufung einlegen kann.

14) a. A. Aufhäuser-Nörpel § 63, der den Arbeitgeber nach § 36 BRG die Anwaltskosten tragen lassen will. Sonst ist zu dieser Frage, soweit ich überblicken kann, nirgends Stellung genommen worden.

den Ausführungsbestimmungen zum Arbeitsgerichtsgesetz eine Regelung dieser Frage etwa in der Weise zum Ausdruck zu bringen, wie sie auch vom Entwurf [15]) des AGG von 1923 beabsichtigt war. Es heißt dort: „Es wäre allerdings in Betracht zu ziehen, ob die Gerichtskosten in solchen Fällen nach § 36 BRG nicht von dem Arbeitgeber zu erstatten sein würden; dies Ergebnis, daß der Arbeitgeber trotz seines Obsiegens mit den Gerichtskosten der Gegenpartei belastet würde, entspräche allerdings der Billigkeit nicht". Daher sollte nach dem Entwurf von 1923 [16]) § 36 BRG noch folgenden zweiten Abschnitt erhalten: „Als notwendige Kosten im Sinne des Abs. 1 gelten die Aufwendungen für einen vor dem Arbeitsgericht geführten Rechtsstreit insoweit nicht, als der Arbeitgeber in dem Rechtsstreit obsiegt". Der Vorteil, der in einer derartigen Vorschrift läge, wäre der, daß diese Frage zweifelsfrei expressis verbis in einer gerechten und billigen Weise geregelt würde.

15) R. A. Bl. 23, Amt. Teil S. 415 zu § 102.
16) R. A. Bl. 23, Amt. Teil S. 392 § 128 I. 2.

Ueberblick.

Fassen wir die Besonderheiten des Kündigungseinspruchsverfahrens in ihren wesentlichsten Merkmalen kurz zusammen, so kommen wir zu folgendem Ergebnis. Die rechtliche Stellung der Betriebsvertretung wird dadurch geklärt, daß sie nicht als gesetzlicher Vertreter der Arbeitnehmerschaft, sei es als Teilperson, sei es als lose Interessengemeinschaft anzusehen ist, sondern daß sie im eigenen Namen auftritt und im Einspruchsverfahren im eigenen Namen als Prozeßstandschafter klagt. Der § 10, der der Arbeitnehmerschaft die Parteifähigkeit gewährt, ist also überflüssig. Ueberflüssg ist ferner § 71, der einen ganz allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsatz zum Ausdruck bringt. Beide Paragraphen wären de lege ferenda zu beseitigen.

Ferner wäre es wünschenswert, die Betriebsvertretung aus dem Einspruchsverfahren herauszunehmen. Denn in der Vorinstanz ist ihre Stellung nur geeignet, die Arbeitnehmer im Sinne der Betriebsvertretung koalitionsfreundlich zu beeinflussen. Außerdem bedeutet diese Instanz den Arbeitnehmern der kleineren Betriebe gegenüber, die mangels einer Betriebsvertretung keinen Einspruch einlegen können, eine Ungerechtigkeit. Warum sollen diese Arbeitnehmer schlechter gestellt sein? Nur weil keine Betriebsvertretung vorhanden ist? Ethische wie sozialpolitische Gesichtspunkte verlangen auch hier einen Kündigungsschutz.

In dem Verfahren selbst ist letzten Endes der Arbeitnehmer der eigentliche Herr, da er kraft des ihm allein zustehenden materiellen Rechts die durch die Betriebsvertretung angestrengte Klage jederzeit durch Vergleich mit dem Arbeitgeber hinfällig machen kann. Es wäre daher wünschenswert, die materielle Rechtslage, so wie sie auch wirklich besteht, im Verfahren zum Ausdruck kommen zu lassen, d. h. indem man den Arbeitnehmer allein klagen, oder jedenfalls bestimmen läßt, wer zu klagen hat. Nur so kommt der eigentliche ethische und soziale Gedanke, der in dem Kündigungseinspruchsverfahren liegt, nämlich den gekündigten Arbeitnehmer zu schützen, klar zum Ausdruck, ohne durch eine überflüssige Mitwirkung der Betriebsvertretung verdunkelt zu werden.

Lebenslauf.

Am 22. 4. 1899 wurde ich als Sohn des jetzigen Geheimen Regierungs- und Oberschulrats Dr. Heinrich Runkel in Stettin geboren. In Schleswig besuchte ich das Gymnasium, bestand am 8. Juni 1917 die Notreifeprüfung und trat am 14. Aug. 1917 als Fahnenjunker in das Lauenburgische Fußart. Reg. Nr. 20 in Altona-Bahrenfeld ein. Nach der Revolution erhielt ich als Fähnrich den erbetenen Abschied, widmete mich dem Studium der Rechtswissenschaften und studierte in Kiel, Jena und Kiel. Am Oberlandesgericht zu Kiel bestand ich am 17. 12. 23 die erste juristische Staatsprüfung und wurde zum Referendar am Landgericht zu Kiel ernannt. Ich ließ mich beurlauben und trat am 17. Nov. 1924 als Referent in den Reichsverband des Deutschen Ein- und Ausfuhrhandels zu Berlin ein. Als dieser Verband am 1. Juli 1927 aufgelöst wurde, ließ ich mich in Bonn immatrikulieren, um mich dem Studium des Arbeits- und Wirtschaftsrechts zu widmen. Am 17. II. 28 bestand ich die mündliche Promotionsprüfung. Die vorliegende Arbeit habe ich im Einvernehmen mit Herrn Prof. Dr. Göppert angefertigt, dem ich an dieser Stelle meinen gehorsamsten Dank ausspreche.